

**Alma Mater Studiorum – Università di Bologna**

**DOTTORATO DI RICERCA IN**

**STATO E PERSONA NEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI –  
INDIRIZZO DIRITTO COSTITUZIONALE**

**Ciclo XXIII**

**Settore scientifico-disciplinare di afferenza:**  
IUS/08 DIRITTO COSTITUZIONALE

**TITOLO TESI**

**NEOCOSTITUZIONALISMO E POSITIVIZZAZIONE DEI VALORI**

Presentata da: JOSÉ MATEOS MARTÍNEZ

**Coordinatore Dottorato**

**Relatore**

**Prof. Andrea Morrone**

**Prof. Augusto Barbera**

Esame finale anno 2011

## INDICE

INTRODUZIONE .....	1
--------------------	---

### CAPITOLO I

#### IL NEOCOSTITUZIONALISMO NEL QUADRO DELL' EVOLUZIONE DEL FENOMENO COSTITUZIONALE

1.	Costituzionalismo e costituzione .....	4
1.1	Il concetto di costituzione .....	4
1.2.	Il costituzionalismo: origine ed evoluzione storica .....	9
2.	Il neocostituzionalismo: una visione generale .....	15
2.1.	Introduzione: i pilastri fondamentali del neocostituzionalismo .....	15
2.2.	Rimaterializzazione della costituzione .....	19
2.2.1	I valori come premessa dell'aspirazione di giustizia del diritto .....	19
2.2.2	I principi costituzionali come fondamento del sistema giuridico .....	24
2.3.	Consacrazione della costituzione come autentica pietra angolare dell'ordinamento .....	30
2.4.	Un potere giudiziario al servizio della vigenza e della protezione della costituzione .....	35

### CAPITOLO II

#### MORALE E DIRITTO: UNA VISIONE NEOCOSTITUZIONALISTA

1.	L'influenza della morale nel diritto e le sue conseguenze .....	40
1.1.	Separazione tra diritto e morale: il positivismo giuridico .....	40
1.1.1.	Il positivismo e la sua evoluzione come dottrina .....	40
1.1.2.	Confutazione positiva della tesi positivista nel Diritto Costituzionale.....	45
1.2.	Una visione della relazione tra diritto e morale partendo dalle tesi di Carlos S. Nino, Robert Alexy e Ronald Dworkin .....	50
1.2.1	Carlos S. Nino e la radice morale del diritto.....	50
1.2.2	Robert Alexy e la pretesa di correttezza del diritto .....	58

1.2.3	Ronald Dworkin: costruttivismo e integrità in un diritto di radice morale.....	64
1.2.3 a)	Morale e diritto da una prospettiva costruttivista .....	64
1.2.3 b)	L'Integrità come conseguenza del costruttivismo .....	69
2.	Che valori possono costituire la radice morale del diritto? .....	74
2.1.	Un'introduzione generale .....	74
2.2.	Intuizionismo, comunitarismo e utilitarismo .....	77
2.3.	Una visione liberale egualitaria del fondamento morale del diritto .....	82
2.3.1.	Libertà ed eguaglianza come pilastri della dignità umana, pietra angolare del diritto valido .....	82
2.3.2.	I valori della dignità umana come diritti e il loro riflesso costituzionale .....	87
3.	Deliberazione e democrazia partecipativa come strumenti di perfezionamento del diritto .....	100
3.1.	Habermas: il collegamento morale risultato della democrazia deliberativa come la chiave per l'efficacia sociale del diritto .....	101
3.2.	Impulso costituzionale alla democrazia deliberativa e partecipativa nel diritto comparato .....	113
4.	La morale come ragione legittima di disobbedienza al diritto: questioni teoriche e ripercussione legislativa .....	123
4.1.	La ragione morale come giustificazione dell'opposizione cittadina al diritto.	123
4.2.	Evoluzione nel riconoscimento legislativo della disobbedienza al diritto per ragioni morali: il caso spagnolo nel contesto del diritto comparato .....	134

## CAPITOLO III

### DIRITTI FONDAMENTALI E NEOCOSTITUZIONALISMO

1.	Presupposti previ .....	143
2.	Natura dei diritti fondamentali .....	144
3.	L'esigibilità dei diritti fondamentali: alcuni diritti morali con un'indispensabile vocazione di vigenza positiva .....	147
3.1.	Essere e dover essere nell'influenza dei diritti fondamentali come diritti moralmente .....	147

3.2.	I diritti fondamentali e la loro inclusione nella costituzione: possibilità di diritti costituzionali non fondamentali e clausole aperte al riconoscimento di nuovi diritti .....	154
3.3.	Diritti fondamentali e cittadinanza .....	157
4.	I diritti sociali come diritti fondamentali: dalla negazione al graduale riconoscimento .....	161
4.1.	Diritti sociali: concetto, natura ed essenzialità .....	161
4.2.	Il riflesso dello sviluppo storico dei diritti sociali nel diritto positivo.....	169
5.	Le garanzie dei diritti fondamentali: verso nuove forma di tutela .....	174
5.1.	Diritti fondamentali e tecniche per la loro protezione: alla ricerca della massima efficacia .....	174
5.1.1.	Tecniche di protezione dei diritti fondamentali: una classificazione generale	176
5.1.2.	La protezione dei diritti fondamentali e la realtà pratica .....	180
5.2.	Analisi particolare dello sviluppo delle tecniche di protezione dei diritti sociali .....	184
5.2.1.	Garanzie sociali e istituzionali .....	184
5.2.2.	Un'attenzione particolare alla garanzia giudiziaria .....	188
5.2.2 a)	Il caso spagnolo .....	189
5.2.2 b)	Il caso italiano .....	193
5.2.2 c)	Altri sviluppi in ambito europeo .....	200
5.2.2 d)	La protezione giudiziaria dei diritti sociali in America Latina: un'analisi generale .....	202
6.	Il carattere superiore, ma non assoluto dei diritti fondamentali: la loro possibile limitazione .....	210
6.1.	Una teoria generale .....	210
6.2.	Limitazione dei diritti fondamentali: un riflesso costituzionale e giurisprudenziale .....	217
6.3.	Il necessario invito statale a esercitare i diritti fondamentali come limite aggiuntivo alla loro restrizione: la tesi dell'effetto raffreddante .....	221
7.	Costituzione e diritti fondamentali nell'era della globalizzazione .....	223
7.1.	Difesa della sovranità in un mondo globalizzato: differenza tra restrizione e violazione della sovranità statale .....	223
7.2.	Minacce della globalizzazione ai diritti fondamentali e alle soluzioni costituzionali .....	226

## CAPITOLO IV

### IL GIUDICE COME GARANTE DELLA COSTITUZIONE: LEGITTIMAZIONE E LIMITI DELLA SUA DISCREZIONALITÀ DA UNA PROSPETTIVA NEOCOSTITUZIONALISTA

1.	La proiezione dei principi costituzionali sulla realtà giuridica: supremazia della costituzione, discrezionalità del legislatore e ruolo del giudice .....	231
1.1.	I principi costituzionali come cuspide reale dell'ordinamento .....	231
1.2.	Principi costituzionali, discrezionalità giudiziale e democrazia .....	238
2.	Discrezionalità giudiziale nei sistemi giuridici contemporanei .....	244
2.1.	Il <i>Common Law</i> e la sua filosofia .....	244
2.2.	Il sistema di <i>Civil Law</i> .....	247
2.2.1.	Tratti distintivi del <i>Civil Law</i> .....	247
2.2.2.	L'evoluzione del <i>Civil Law</i> e la sua apertura alla discrezionalità giudiziale ...	249
3.	Come garantire un giudice degno del suo potere? .....	254
3.1.	Verso una piena indipendenza giudiziale dal potere politico .....	254
3.2.	La ragionevolezza come limite alla discrezionalità giudiziale .....	259
3.2.1.	Una ragionevolezza che trascende la corte costituzionale e si proietta sul giudice ordinario .....	259
3.2.2.	La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana: il sindacato di ragionevolezza e le sue forme .....	261
3.2.3.	Una percezione dalla dottrina .....	268
3.2.3 a)	Discrezionalità e ragionevolezza nel lavoro del giudice costituzionale .....	268
3.2.3 b)	Il giudice ordinario come applicatore della costituzione: ponderazione e discrezionalità .....	284
3.3.	La volontà popolare come limite massimo contro qualsiasi eccesso dell'autorità della corte costituzionale .....	289
	CONCLUSIONI .....	291
	BIBLIOGRAFIA .....	302

## INTRODUZIONE

Il processo di trasformazione che le costituzioni occidentali hanno sperimentato subito dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale costituisce un fenomeno di enorme interesse per il Diritto Costituzionale, ma anche per la Filosofia del Diritto. Le fondamenta su cui si regge una comunità politica, raccolte nella propria costituzione come *norma normarum* dell'ordinamento giuridico, rappresentano, senza dar luogo a dubbi, l'oggetto di studio prioritario del positivista, essendo la cuspide del diritto positivo, ma anche di chi analizza l'ordinamento da una prospettiva ideale, proiettando una serie di pretese materiali sulla struttura giuridica esistente, con l'intenzione di avvicinarlo al suo "dover essere", al fine che, secondo la sua natura, la norma suprema dell'ordinamento deve compiere per assicurare che il diritto soddisfi il suo obiettivo consustanziale: essere la cornice per una convivenza giusta, per un sistema fondato sulla dignità della persona, volto a preservarla e a promuoverla.

Proprio le nuove costituzioni, sorte dopo l'orrore del nazismo, possiedono una forte ispirazione assiologica, che costituisce la loro principale caratteristica. I popoli d'Europa comprendono finalmente la necessità di affermare determinati valori essenziali, materializzati nei diritti fondamentali della persona e in altri principi basilari che raccolgono i diversi testi costituzionali, sottraendoli all'instabilità del gioco politico e trasformandoli in presupposti che ogni governo deve rispettare, per evitare che nessuna autorità futura possa condannare nuovamente la cittadinanza alla barbarie e alla tirannia. E nel contesto di questa nuova logica, i costituenti si soffermano sulla necessità di conferire un'importanza reale alla costituzione, in modo che i suoi principi ispirino in modo effettivo il diritto e gli atti dei governanti, così come il fatto di generare vie di controllo affinché questa superiorità costituzionale sia effettiva, delle vie di controllo che troveranno il loro massimo esponente nelle nuove corti costituzionali. In tal modo, con le nuove costituzioni ispirate alle esigenze descritte, così come quella italiana del 1947 o quella tedesca del 1949, sorgerà il fenomeno del neocostituzionalismo.

Tuttavia il neocostituzionalismo non si limita ad essere un fenomeno legislativo. La nuova filosofia sulla quale si fondano le attuali costituzioni richiamano a un impegno dottrinale che porterà giuristi della portata di Alexy, Nino, Zagrebelsky, Ferrajoli o Dworkin a concentrare i propri sforzi teorici sulla promozione del totale conseguimento dell'ideale plasmato nei testi costituzionali del presente: un diritto di ispirazione morale, ma non basato su una morale partitista o settaria, ma sul valore della persona umana, sulla sua dignità, e sul suo diritto inalienabile alla piena realizzazione individuale. Questi giuristi partono dalla convinzione che i diritti umani non sono preziosi perché si affermano nelle costituzioni, ma che le costituzioni sono, in gran parte, degne di adesione e di rispetto per essere basate su tali valori. In tal modo,

dalla dottrina neocostituzionalista si produce un richiamo costante a proseguire nello sviluppo costituzionale, ad assicurare la piena vigenza della costituzione con nuove misure e garanzie, al fine di rendere reale un ideale ancora oggi inconcluso, nonostante la sua presenza nel livello più elevato dell'ordinamento.

Questa vocazione espansiva del neocostituzionalismo si materializza attualmente nelle nuove scommesse che tanto in Europa come, soprattutto, in America latina, si realizzano da parte della dottrina e dei governi per approfondire lo sviluppo dei diritti fondamentali e la partecipazione politica. La giustiziabilità dei diritti sociali, o la graduale instaurazione di tecniche di democrazia partecipativa sono eccellenti elementi rappresentativi di questo movimento.

Dall'altra parte, il neocostituzionalismo prospetta delle questioni che generano numerose diffidenze tra alcuni settori della dottrina. Una delle questioni più evidenti è l'importante ruolo che si concede al giudice costituzionale, quale interprete della costituzione e revisore delle decisioni politiche che possano trasgredirla, così come la nascita della tecnica interpretativa della ponderazione, volta a determinare il valore che i diversi principi costituzionali (astratti per natura) devono avere in ogni caso concreto che si presenti dinanzi a tale giudice. Conferire a un tribunale che non è stato direttamente eletto dalla cittadinanza la potestà di esautorare il potere politico utilizzando ragionamenti la cui oggettività, secondo il parere di diversi autori, è discutibile, costituisce un'opzione imprescindibile per raggiungere un vero sviluppo della costituzione, tuttavia deve proporsi in modo rigoroso e trasparente se si vuole ottenere la sua accettazione generale.

Nel presente lavoro cerchiamo di analizzare tutte queste questioni, presentando una visione globale e completa del neocostituzionalismo, tanto da una prospettiva dottrinale quanto da un'analisi del diritto positivo, esponendo la sua storia, il suo sviluppo attuale e le sue prospettive di evoluzione. Per questo ricorreremo alle fonti di pensiero più autorevoli, così come a un'analisi di numerose costituzioni concentrandoci sul loro contenuto e sulle tecniche sviluppate per trasformarle in una realtà tangibile attraverso norme infracostituzionali.

Questa tesi dottorale è divisa in quattro capitoli. Il primo, vuole offrire una visione preliminare del neocostituzionalismo, esponendo le sue caratteristiche fondamentali e inquadrandolo nell'evoluzione del fenomeno costituzionale, di cui anche ci occuperemo.

Il secondo capitolo si riferirà alla possibile relazione tra diritto e morale, esponendo, da un lato, i fondamenti morali che, in accordo con la dottrina maggioritaria e lo stesso diritto costituzionale, possiedono il rigore e la validità per ispirare l'ordinamento, e dall'altro,

definendo la dimensione di questa influenza, il modo in cui condiziona la validità del diritto e se può arrivare a privarlo del suo carattere giuridico. Analizzeremo anche la relazione tra la democrazia deliberativa-partecipativa e il neocostituzionalismo, così come la disobbedienza al diritto per ragioni morali, e il suo riconoscimento nel diritto positivo e nella giurisprudenza.

Il terzo capitolo sarà dedicato all'analisi dei diritti fondamentali da una prospettiva tecnica centrata sulle sue caratteristiche formali e l'interconnessione finalistica tra tutti questi, secondo la quale i diritti "sociali" e di "libertà" possiedono la stessa importanza al momento di raggiungere il loro obiettivo comune: proteggere la dignità della persona. Allo stesso modo studieremo le garanzie idonee per la protezione dei diritti fondamentali, soffermandoci sulla tutela giurisdizionale, ed esponendo gli innegabili progressi che in tal senso si sono prodotti nella giurisprudenza latinoamericana.

Per concludere, nel quarto capitolo rifletteremo sul concetto di discrezionalità giudiziale (soffermandoci sull'analisi della giurisdizione costituzionale), sul suo riconoscimento nei sistemi di *Civil Law* e *Common Law* e sulla struttura logico-assiologica del ragionamento giudiziale, così come sul rigore e l'oggettività che gli si possono riconoscere. Descriveremo anche i limiti di tale discrezionalità e le garanzie che devono essere instaurate se realmente si desidera una giurisdizione indipendente e utile per la società.



# CAPITOLO I. IL NEOCOSTITUZIONALISMO NEL QUADRO DELL' EVOLUZIONE DEL FENOMENO COSTITUZIONALE

## 1. Costituzionalismo e costituzione

### 1.1 Il concetto di costituzione

È chiaro che quando parliamo di neocostituzionalismo non ci riferiamo a un concetto univoco, poiché questo termine oggi ingloba una molteplicità di accezioni, alcune certamente divergenti, che, questo sì, condividono una radice comune. Questo non deve sorprenderci, visto che nell'attualità non possiamo trovare neanche un'idea universalmente accettata di costituzione, nonostante siano trascorsi dei secoli da quando il pensiero politico enunciò per la prima volta questo concetto, sebbene la maggior parte della dottrina converga in una concezione di base dello stesso. Vedremo a continuazione le principali tesi sulla vera natura della norma fondamentale, e tenteremo di chiarire quale tra esse possa definirla con maggiore rigore, passo essenziale nello studio di qualunque dottrina costituzionale.

Susanna Pozzolo<sup>1</sup> spiega giustamente che il termine “costituzione” non definisce esclusivamente quella norma giuridica fondamentale che raccoglie i principi essenziali su cui si basa ogni nazione, e le istituzioni fondamentali della stessa, ma può assumere un significato previo alla positivizzazione giuridica. Così, l'autrice enuncia il *modello precettivo di costituzione come ordine*, un concetto che ingloba l'insieme di “prescrizioni mirate alla costruzione di un'organizzazione armonica tra gli uomini, e tra loro e la natura”<sup>2</sup>. Questa concezione di costituzione possiede un carattere chiaramente pre-positivo, poiché allude al contenuto che la costituzione deve avere, quel contenuto che deve istituzionalizzare per raggiungere una convivenza giusta e pacifica (esattamente l'obiettivo che tutte le costituzioni perseguono).

Questo tipo di ordine ideale, di struttura naturale che deve consolidare necessariamente la struttura artificiale della costituzione positivizzata, è stato adottato dai movimenti rivoluzionari che, nel corso della Storia, hanno cercato di abolire l'ordine istituzionale, avvalendosi proprio del mancato legame di questo con l'ordine politico adeguato e giusto per la società. D'accordo con questa idea, Comanducci accetta l'esistenza di un “costituzionalismo rivoluzionario” come

---

1. Pozzolo, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli Editori, Torino 2001, pp. 20 e segg.

2. Ibid., p. 20.

ideologia che “vuole distruggere il potere esistente o richiede al nuovo potere rivoluzionario di darsi una costituzione”<sup>3</sup>.

In alcuni casi, questo ordine politico, già citato, è stato positivizzato in testi costituzionali di presunta vigenza sull'intero territorio, ma sul piano di applicazione pratica soltanto in una ridotta. È il caso della Costituzione spagnola del 1812, promulgata a Cadice, una delle poche città che fuggiva dall'occupazione napoleonica. Il diritto che essa rappresentava era l'antitesi dell'ordine politico imposto in Spagna, e l'obiettivo di trasformarla nella norma fondamentale degli spagnoli, incarnando i loro ideali di libertà e indipendenza, ispirò la lotta contro l'occupazione.

Oltre all'accezione precedentemente citata, è chiaro che il concetto più esteso di costituzione ha come oggetto una norma giuridica positivizzata. Ebbene, esistono molteplici teorie tese a definirla da questa prospettiva, ma a grandi linee possiamo raggrupparle in formali e materiali<sup>4</sup>:

A - *Tesi formali*: basano la validità del concetto di costituzione su aspetti estranei alla propria identità materiale, così come il suo contenuto formalmente inteso (ambiti della realtà giuridico-politica che regola) o il ruolo gerarchicamente superiore che occupa nell'ordinamento giuridico. Si può affermare che, da questa prospettiva, la costituzione si identifica per gli elementi che la compongono, così come per lo speciale trattamento giuridico che viene concesso agli stessi. Queste tesi sono state storicamente legate al giuspositivismo teorico, incentrato sul semplice formalismo e teso a sciogliersi da tutte le esigenze sostanziali per la costituzione.

All'interno delle tesi formali possiamo distinguere principalmente tre posizioni:

1. Quella che definisce la costituzione come *somma* di una serie di “*norme fondamentali*” che possiedono questa categoria per riferirsi a diversi ambiti normativi di capitale importanza. La maggior parte della dottrina identifica queste norme fondamentali con quelle riferite a: a) all'organizzazione dello Stato e all'esercizio del potere statale nei suoi tre aspetti (esecutivo, legislativo e giudiziario), così come alla configurazione degli organi che esercitano tale potere; b) alla relazione dello Stato con i suoi cittadini (per esempio quelle relative alle libertà

---

3. Comanducci, P., *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, in AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (ed.), Trotta, Madrid 2009, p. 78.

4. Guastini, R., *Sobre el concepto de Constitución*, in AA. VV., *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (coord.), Trotta, Madrid 2007, pp. 24 e segg.

pubbliche), e c) alla potestà di creare diritto e al modo di esercitarla. Una chiara caratteristica di queste posizioni è la visione restrittiva della costituzione sostenuta dal positivismo classico che la identificava con “quelle norme che regolano la creazione delle norme giuridiche generali e in particolare della creazione delle leggi formali”<sup>5</sup>.

2. Quella che definisce la costituzione per la *forma* della sua *creazione* e della sua *modificazione*. Da questa prospettiva rigorosamente formale il testo si caratterizza poiché la sua approvazione e la sua riforma sono soggette a determinati requisiti<sup>6</sup>. La costituzione non può mai essere frutto di una procedura legislativa ordinaria (che d'altra parte essa stessa stabilisce), ma nascerà a conseguenza di un procedimento unico ed esclusivamente destinato a crearla (referendum, accordo di un'assemblea costituente, decisione di una giunta rivoluzionaria che ha preso il potere...). Ci riferiamo, in tutti i casi, a un procedimento diretto e messo in atto in prima persona dalla massima autorità riconosciuta, data l'importanza del suo oggetto. Allo stesso modo, e per lo stesso motivo, ogni processo di riforma costituzionale possiede al giorno d'oggi maggiori requisiti rispetto a quello destinato alla creazione e alla deroga di leggi ordinarie.

3. E infine quella posizione che la definisce per la sua capacità di derogare quelle norme che la contraddicano, siano esse anteriori o posteriori alla sua promulgazione.

Al punto 2 si produce un'identificazione della costituzione con una caratteristica così accessoria come la forma della sua promulgazione. Quest'analisi superficiale e asettica coincide con quello che Pozzolo definisce come “modello descrittivo della costituzione come ordine artificiale”<sup>7</sup>, che si attiene a un tipo di studio praticamente identico a quello dello scienziato che studia un tipo di batterio. Da questa prospettiva, la costituzione si identifica semplicemente con ciò che è in un determinato momento, senza cercare di indagare quale dovrebbe essere il suo contenuto ideale o il ruolo che dovrebbe ricoprire.

Ai punti 1 e 3, invece, si percepisce un riferimento incipiente al contenuto e alla finalità della norma fondamentale al momento di definirla. Non la si identifica con dei valori o principi materiali conformi alla giustizia che devono ispirare il diritto, però sì che le si riconosce un imprescindibile carattere gerarchico superiore e un obiettivo: regolare la produzione del diritto limitando la discrezionalità dell'autorità, che sarà soggetta alle sue disposizioni nel momento in

---

5. De Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, vol. 1, CEDAM, Padova 2004, p. 116.

6. De Otto, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona 1993, p. 17.

7. Pozzolo, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 22.

in cui si legifera. Questi propositi iniziarono a identificarsi in modo inerente con tutti i testi costituzionali dopo la Rivoluzione francese del 1789 e con lo spirito di limitazione del potere che caratterizzò tale movimento, una cosa logica se si considera che il popolo che ne era a capo aveva sofferto secoli di assolutismo. Il contenuto dei punti 1 e 3, di conseguenza, si identifica con quello che Pozzolo denomina “modello descrittivo della costituzione come norma”<sup>8</sup> e che, come abbiamo visto, considera come elementi essenziali, al momento di identificare la costituzione, il suo livello gerarchicamente superiore rispetto al resto dell’ordinamento e il suo ruolo al momento di regolare la produzione normativa e le potestà dei poteri pubblici, sebbene non alluda al contenuto materiale (diritti, principi e valori costituzionali) della stessa.

B - *Tesi materiali*. Secondo questa prospettiva, la costituzione è qualcosa di più che un testo approvato mediante un procedimento particolarmente rigido e rigoroso o di un compendio normativo che raccoglie la regolazione di determinate materie singolarmente importanti. Quando parliamo di costituzione ci riferiamo a una norma che, per realizzare il proprio obiettivo, deve contenere una serie di valori e perseguire dei fini concreti moralmente corretti, ed è proprio su tali valori (insieme ad altri derivati dall’idiosincrasia di ogni popolo) che si basa l’identità materiale della costituzione, la sua stessa essenza, che da un lato, la rende una vera costituzione e dall’altro definisce i suoi tratti più rilevanti e rappresentativi.

Questa posizione è già vecchia, e nelle prime costituzioni liberali si istituivano la separazione dei poteri e alcune libertà fondamentali, con la convinzione che fossero la stessa essenza costituzionale. L’evoluzione delle tesi materiali (la cui vigenza non è stata affatto regolare durante la Storia costituzionale europea) portò alla conclusione che la costituzione non solo doveva limitare l’esercizio del potere distribuendolo tra i diversi organi e imponendo loro un procedimento per la produzione normativa, ma doveva anche includere i contenuti sostantivi come i valori fondamentali e i diritti su cui si basa la dignità del cittadino. Come esempio più rappresentativo e precoce delle tesi materiali, possiamo citare l’articolo 16 della Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino: “Ogni società nella quale non sia assicurata la garanzia dei diritti e determinata la separazione dei poteri, non ha costituzione”. Secondo le parole di Pozzolo, questo modello di costituzione può definirsi come “modello precettivo della costituzione concepita come norma”<sup>9</sup>. Pertanto, secondo la tesi materiale, che condividiamo, ciò che identifica una costituzione non è la sua struttura formale o il modo in cui viene creata, dato che questi elementi esterni sono di solito condivisi dalla stragrande maggioranza delle norme fondamentali statali, incluse quelle non democratiche. Come afferma Ignacio De Otto,

---

8. Pozzolo, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 22.

9. Ibid., p. 20.

“le norme costituzionali non si distinguono dalle altre per il loro oggetto, che può essere qualsiasi, né necessariamente per l’organizzazione dello Stato, e né per la funzione normativa dei suoi organi superiori. Non si riconoscono neanche per la loro forma, o per essere incluse in un testo approvato come costituzione scritta”<sup>10</sup>. È vero che molto probabilmente ogni costituzione possiederà le norme che si riferiscono all’organizzazione degli organi fondamentali dello Stato e al procedimento legislativo (denominato dalla dottrina spagnola “parte organica”<sup>11</sup> della costituzione), ma la sua essenza si trova in un’altra parte. In primo luogo “è soltanto costituzione autentica, vale a dire, costituzione normativa, la costituzione democratica, giacché solo essa permette effettivamente di limitare, cioè, giuridicamente, l’azione del potere”<sup>12</sup>, principale tratto identitario del concetto di costituzione dalle sue origini. E come vedremo in questo lavoro, è costituzione democratica solo quella che rispetta i diritti fondamentali della persona<sup>13</sup>.

D’altra parte, e all’interno delle costituzioni democratiche, ciò che costituisce l’identità stessa di una norma fondamentale non sono che i principi e i valori fondamentali su cui ogni popolo decide di basare la propria convivenza politica e che logicamente saranno diversi in ogni comunità politica<sup>14</sup>, dovendo rispettare, ciononostante, il nesso essenziale dei diritti fondamentali da cui nasce la democrazia. Questo tipo di norme costituzionali indica ciò che in Spagna viene denominato “parte dogmatica”<sup>15</sup> della norma fondamentale. Così, la costituzione si concepisce “come tavola dei valori”<sup>16</sup>.

-----  
10. De Otto, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, op. cit, p. 17.

11. Ibid., p. 28.

12. Aragón, M., *Constitución, democracia y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2002, p. 11.

13. Usando come introduzione le parole di Ferrajoli, possiamo dire che la legittimità della norma costituzionale, “diversa dalle leggi ordinarie e dalle decisioni del governo, non è pertanto la forma della sua produzione, ma il suo contenuto o la sua sostanza; non il consenso della maggioranza, ma un valore ancora più importante e previo: l’uguaglianza di tutti nelle libertà fondamentali e nei diritti sociali, ossia, nei diritti vitali di tutti, stipulati come limiti e vincoli proprio alle decisioni delle contingenti maggioranze e, allo stesso tempo, come fattori costitutivi di una sfera pubblica democratica. Una costituzione, in breve, è democratica non tanto perché è voluta da tutti, ma perché serve a garantire tutti”. (Ferrajoli, L., *La formación de una esfera pública europea*, in Miguel Carbonell, Pedro Salazar (eds.), *La constitucionalización de Europa*, UNAM, México 2004, pp. 83 e 83).

14. In questo senso, Barbera difende un concetto di ordinamento costituzionale (concepito come nucleo ispiratore dell’ordinamento giuridico) che trascende il testo della norma fondamentale, includendo i valori delle forze politiche, sociali e culturali egemoni. In tal modo l’ethos che rappresentano e la sua evoluzione saranno decisivi al momento di applicare la costituzione in ogni momento storico. Bisogna rilevare che l’autore non li definisce come un semplice criterio interpretativo, ma come un elemento integrante dell’ordinamento costituzionale, data l’essenzialità del carattere pattizio della costituzione e il bisogno di essere fedele al sentire popolare, sempre che con ciò non venga alterata la sua stessa natura. Vale a dire, l’ordinamento costituzionale si può concepire come la somma coerente del testo costituzionale (insieme ad altre leggi estranee alla costituzione che Barbera include in tale ordinamento per la loro importanza) e i valori e gli obiettivi di quelle forze politiche e sociali che rappresentano il popolo (Barbera, A., “Ordinamento costituzionale e carte costituzionali”, in *Quaderni costituzionali*, a. XXX, n. 2, giugno 2010).

15. De Otto, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, op. cit, p. 28.

16. De Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, vol. 1, op. cit., p. 125.

## 1.2. Il costituzionalismo: origine ed evoluzione storica

Usando le parole di Barbera, mentre la costituzione “è un insieme di regole fondamentali che danno identità a un ordinamento”, il costituzionalismo rappresenta un “movimento politico, filosofico, culturale, volto alla conquista di documenti costituzionali improntati su principi liberali o liberaldemocratici”<sup>17</sup>. Un movimento che, nel corso degli ultimi due secoli, ha sperimentato una notevole evoluzione, della quale ci occuperemo nelle seguenti righe.

Se ci basiamo sulla classificazione realizzata da Sastre Ariza, il termine “costituzionalismo” può essere concepito in tre forme: come concetto *storico*, come *dottrina* e come *virtù*<sup>18</sup>.

1) Il costituzionalismo può intendersi come concetto *storico*, poiché è sorto come risultato di un processo storico: a partire dalla fine del XVIII secolo, il costituzionalismo trasforma in diritto positivo i postulati del giusnaturalismo razionalista e illuminato, promotore di un modello di comunità politica fondata sul contratto sociale e rispettosa dei diritti naturali dei cittadini.

Tuttavia, secondo questa prospettiva storica, possiamo distinguere due modelli di Stato costituzionale ben differenziati. Seguendo gli studi di Fioravanti, esiste una prima accezione di costituzione che la concepisce come una semplice cornice legale destinata a garantire l'autonomia dei cittadini nell'organizzare le proprie vite e nel gestire gli affari collettivi a loro piacimento in ogni momento e senza vincoli in questo senso da parte della norma fondamentale; tutto questo dalla prospettiva del liberalismo classico, che rifiuta concetti come i diritti sociali e gli interventi statali positivi destinati a colmare i bisogni fondamentali del cittadino. Imporre per via costituzionale un catalogo di valori e di scopi sottratto alla volontà della maggioranza, che dovrà guidare l'azione del legislativo, in questo modello è impensabile. Tuttavia, in esso si riconosce il carattere giuridicamente superiore della costituzione e si affida la sua difesa al potere giudiziario, considerato come neutro. Questa concezione della costituzione è propria della tradizione nordamericana originaria.

La seconda forma di intendere la costituzione sorge dalla Rivoluzione francese, con chiare pretese di trasformazione sociale e politica. La costituzione interviene nelle decisioni fondamentali dello Stato, come l'educazione, i diritti sociali, o i diritti lavorativi, condizionando

---

17. Barbera, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in Barbera, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma - Bari 1997, p. 3.

18. Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica positiva y neoconstitucionalismo*, Mc Graw Hill, Madrid 1999, pp. 127 e segg.

l'azione politica dei futuri governi poiché impone il rispetto di un ambito di contenuto apertamente materiale, la cui pretesa è quella di ricavare dal dibattito politico certi obiettivi e certi valori (oltre ai classici diritti liberali), il cui carattere inviolabile è fuori da ogni dubbio. Però, in questo modello si produce un evidente “paradosso” poiché nello stesso momento in cui si afferma il supremo valore dei diritti della Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino, e si promuove un nuovo e ambizioso modello sociale plasmato sulla costituzione, si afferma il legicentrismo, derivato dall’assenza di controllo giudiziario di costituzionalità, che permette al legislatore di ignorare i principi costituzionali, stabilendosi la legge, nella pratica, come fonte principale del diritto. In America, al contrario, viene assicurato il primato della costituzione sulla legge attraverso il “sindacato di costituzionalità”<sup>19</sup>.

Così, e riassumendo entrambi i modelli, per i costituzionalisti rivoluzionari francesi la costituzione porta “un progetto e una promessa per il futuro, quella di una società più giusta”. Al contrario la Costituzione americana si presenta, più che come “progetto comune per il futuro”, come “luogo di competizione per le forze sociali e politiche”<sup>20</sup>.

2) Il costituzionalismo come *dottrina* si incentra sull’identificazione di un contenuto inerente ad ogni costituzione, in assenza del quale questa perde la propria natura, un contenuto che non può essere qualsiasi. L’articolo 16 della Dichiarazione Francese, già citato, è un perfetto esempio di questo contenuto essenziale. La separazione dei poteri e il riconoscimento dei diritti del cittadino sono due conquiste al servizio dello stesso fine, poiché la limitazione del potere si riflette sulla difesa e sulla promozione di questi diritti.

3) Il costituzionalismo come *virtù* consiste nel rispettare la costituzione, nell’agire in conformità ai precetti e promuovere la loro vigenza, ed è particolarmente importante nei governanti. In questo modo, si persegue “un *giusto equilibrio* tra il principio democratico, dotato di valore costituzionale per mezzo delle istituzioni di democrazia politica e lo stesso ruolo del legislatore e del governo, e l’idea – insita in tutta la tradizione costituzionalista – dei

-----  
19. Zanetti, G. F. , *Eguaglianza*, in Barbera, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, op. cit., pp. 81 e 82.

Le vicissitudini storiche del nostro continente condizionarono, soprattutto fino alla metà del XX secolo, la materializzazione pratica del modello “europeo o continentale” sorto dopo la Rivoluzione francese, per cui le aspirazioni costituzionali rimasero limitate a effetti reali. Il potere politico, di fronte all’assenza di controllo giudiziario di costituzionalità delle sue azioni, assunse quote di potere e ambiti di discrezionalità che non gli corrispondevano instaurando un legalismo che lasciava completamente alla sua volontà la realizzazione degli obiettivi costituzionali e, in altre parole, della stessa costituzione. Questa assenza di limiti all’attività legislativa e lo spirito relativista che la ispirava furono una delle cause della caduta della Repubblica tedesca e l’inizio dell’orrore nazista. Sarà dopo la caduta del nazismo che si daranno i primi passi per assicurare la vigenza della costituzione e il suo ruolo come limite del potere.

20. Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid 1998, p. 94.

*limiti della politica* da fissare mediante la forza normativa della costituzione”<sup>21</sup>, dei limiti che coincidono con i diritti di cittadinanza. Però risulta anche imprescindibile per il buon funzionamento della società che i cittadini accettino questo obiettivo. Se il cittadino non diventa il protagonista della lotta quotidiana per la conservazione e la promozione dei propri diritti, gli abusi di un potere proteso all’eccesso sapendosi libero dal controllo dell’opinione pubblica finiranno per strappargli via le sue conquiste.

Il ruolo effettivo della costituzione in uno Stato dipende in larga misura dalla sua cultura giuridica. Se ci troviamo davanti a una cultura giuridica legalista, che si incentra sul diritto positivo infracostituzionale senza curarsi sufficientemente del legame che deve mantenere con la norma fondamentale, ci staremo allontanando dall’obiettivo di possedere (e di godere) una costituzione democratica. Come afferma Aragón, “una cultura giuridica che è molto più attaccata all’interpretazione della legge che della costituzione, o per meglio dire, ai modi di interpretazione legale che a quelli di interpretazione costituzionale, che concepisca i diritti più come diritti legali che come diritti fondamentali, in definitiva, una cultura giuridica “legalista”, e non “costituzionalista”, è difficilmente compatibile con l’esistenza di una costituzione democratica, cioè, di una costituzione autentica”<sup>22</sup>.

Per questo diventa imprescindibile una cultura giuridica costituzionale che cerchi di promuovere il ruolo ispiratore e creatore della costituzione nell’ordinamento giuridico e la sua applicazione quotidiana, annullando la discrepanza tra costituzione e realtà costituzionale, ossia, tra ciò che la costituzione promuove e ciò che effettivamente si verifica nella realtà politica e sociale<sup>23</sup>. Questo è, usando le parole di Habermas, il progetto di “patriottismo costituzionale”<sup>24</sup> basato sui valori condivisi dalla cittadinanza. Ignorare la costituzione aprendo la porta alle leggi contrarie ai principi di giustizia e al consenso popolare che stabilisce, costituisce senza dubbio l’inizio di una spirale di degradazione etica e politica capace di “travolgere (...) lo stesso sistema democratico”, secondo quanto riconosce Ferrajoli<sup>25</sup>.

Dopo avere esposto le tre prospettive essenziali proposte da Sastre Ariza, ci concentreremo ad analizzare le chiavi del costituzionalismo moderno come fenomeno giuridico e sociale, dalla

-----  
21. Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, op. cit., pp. 163-164.

22. Aragón Reyes, M., *La constitución como paradigma*, in AA. VV., *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, op. cit., p. 37.

23. De Otto, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, op. cit., p. 45.

24. Habermas, J., *La Unión Europea*, in Miguel Carbonell, Pedro Salazar (eds.) *La constitucionalización de Europa*, op. cit., p. 66.

25. Ferrajoli, L., *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, in AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 19.



sua visione classica fino ad arrivare agli albori del neocostituzionalismo, oggetto centrale del nostro lavoro. Secondo Barbera<sup>26</sup>, i tratti che definiscono il costituzionalismo sono:

– La separazione tra Chiesa e Stato, eliminando la tirannia delle coscienze propria dell’assolutismo. Nel costituzionalismo “la sfera politica è autonoma dalla sfera religiosa e il diritto e lo Stato trovano il loro fondamento nella volontà degli stessi membri”<sup>27</sup>.

– L’esistenza di una costituzione scritta e generalmente rigida<sup>28</sup>, salvo eccezioni come quella britannica.

– “I poteri sovrani dello Stato sono legittimati da una decisione o della nazione o del popolo”<sup>29</sup>.

– La consacrazione della cittadinanza come titolo di acquisizione di diritti e doveri, superando in tal modo il sistema corporativo del passato.

– La supremazia dei diritti dell’uomo sulla discrezionalità del potere politico, partendo dalla premessa che “la democrazia è la conseguenza organizzativa della dignità dell’uomo”<sup>30</sup> e di conseguenza il suo sviluppo non può contraddire i diritti su cui si fonda la dignità di ogni persona.

-----  
26. Barbera, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in Barbera, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, op. cit., pp. 4 e 5.

27. Ibid., p.4.

28. La dottrina intende questo concetto come la previsione di un processo di riforma più complesso della procedura legislativa ordinaria, anche se inizialmente la costituzione rigida era quella che non poteva essere mai riformata, una cosa oggi impensabile poiché priva di una giustificazione democratica. Esiste una tendenza generale a intendere la costituzione come la “fondazione permanente dell’ordine giuridico statale” riconoscendole una vocazione di permanenza e riducendo la riforma costituzionale al semplice adattamento della costituzione alle nuove circostanze storiche, ma mantenendo sempre la propria essenza. Per questo motivo, in alcune costituzioni come quella italiana esistono materie sottratte alla riforma costituzionale (come descriveremo nel secondo capitolo) e nella maggioranza degli Stati si stabilisce un procedimento particolarmente rigoroso, che include la necessità di maggioranze rinforzate, per riformare il testo costituzionale. Questo desiderio di preservare la norma fondamentale si deve all’immenso valore che le si concede come garante delle regole comuni su cui si fonda la convivenza basata sul pluralismo e sulla democrazia che, secondo le parole di Bongiovanni “non è più ciò che la costituzione produce attraverso la propria attuazione”. La rigidità costituzionale ha ricevuto critiche dottrinali e politiche per considerarsi contraria alla democrazia, giacché, da questa prospettiva, la semplice maggioranza della metà più uno degli elettori o dei suoi rappresentanti dovrebbe essere sufficiente per prendere qualsiasi tipo di decisione. (Bongiovanni, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Bologna 2008, pp. 18 e 19).

29. Barbera, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in Barbera, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, op. cit., p.4.

30. Häberle, P., *El Estado constitucional europeo*, in Miguel Carbonell, Pedro Salazar (eds.) *La constitucionalización de Europa*, UNAM, México 2004, p. 29.

– L’instaurazione del principio di maggioranza per le decisioni politiche (gli altri possibili principi di decisione diventano marginali) come espressione della nuova logica democratica.

– La sottomissione del sovrano alla legge, in modo che nessuna volontà stia al di sopra della sovranità popolare.

– La separazione dei poteri, con l’obiettivo di evitare che la loro concentrazione degeneri in tirannia.

– La creazione di un parlamento eletto (almeno in una delle sue due camere) che rappresenti la volontà popolare.

– La tutela giudiziaria (da parte di giudici indipendenti) dei diritti cittadini, affinché non rimangano ridotte a dichiarazioni vuote e carenti di vigenza.

– Il controllo (diffuso o accentrato<sup>31</sup>) della costituzionalità delle leggi, imprescindibile per far valere la costituzione.

Questi tratti definiscono un costituzionalismo decisamente sviluppato, in cui la costituzione è riconosciuta nel suo ruolo capitale e conta su mezzi precisi per essere protetta e promossa.

Proprio il neocostituzionalismo si caratterizza per accettare tutti questi requisiti e per proporre un approfondimento di fermezza e di determinazione inedite nella materializzazione effettiva dei diritti fondamentali e la salvaguardia giurisdizionale dei principi costituzionali attraverso le tecniche già segnalate, così come di nuovi criteri che descriveremo nel corso di tutto questo lavoro.

Però alcuni dei tratti del costituzionalismo enunciati da Barbera, come la vigenza del contenuto materiale della costituzione, il ruolo dei diritti fondamentali e gli altri valori costituzionali come il limite e la motivazione delle leggi inferiori, il controllo di costituzionalità per renderlo effettivo... hanno brillato per la loro assenza fino a gran parte del XX secolo tanto nel diritto positivo come nel discorso dei costituzionalisti.

-----  
31. Il modello di controllo diffuso incarica il controllo di costituzionalità delle leggi a tutti i giudici nel quadro delle loro funzioni quotidiane, concedendogli la competenza di dichiarare l’incostituzionalità di una corretta applicazione della legge nella sfera di un giudizio ordinario (in questo modo possono rifiutare l’applicazione legislativa al caso di cui si occupano, però senza che questo supponga una dichiarazione di incostituzionalità che invalidi la norma, ma soltanto una decisione che indichi gli effetti incostituzionali di applicare la stessa in quel caso concreto; senza che per questo la legge come tale sia annullata, ma semplicemente ignorata al fine del caso specifico). Il modello di controllo accentrato concede a un tribunale speciale il monopolio del controllo di

Così, durante tutto il XIX secolo la costituzione è stata concepita come un' "entità simbolica"<sup>32</sup> i cui principi non erano giustiziabili. In Europa, sarà solo nel 1920 che sorgeranno i primi corti costituzionali, concretamente in Cecoslovacchia e Austria<sup>33</sup>. A questa mancanza di controllo giudiziario, imprescindibile per un vero rispetto della norma fondamentale, si univa il rifiuto del carattere vincolante dei principi materiali della costituzione, perfino da parte di coloro che, come Kelsen, ammettevano la necessità di creare una corte costituzionale per rendere effettivo il compimento della norma fondamentale. Questo autore identificava la missione della costituzione con la regolazione della "produzione di norme giuridiche generali"<sup>34</sup>. Kelsen ammette che la costituzione possa "prescrivere" determinati contenuti che devono orientare la legislazione, ma questo "solo se dà una promessa di promulgazione di legge, senza esistere nessun obbligo di realizzarla" da parte del legislatore<sup>35</sup>.

Sarà a causa della Seconda Guerra Mondiale che la società europea capirà che un governo senza limiti materiali al suo potere, anche se sorto dalla democrazia, corre il rischio di diventare tirannico, e tutto questo ancor più se entra in un sistema politico che rifiuta l'esistenza di diritti e valori fondamentali al di sopra della decisione maggioritaria, in modo che la "democrazia-demagogia" (seguendo la terminologia aristotelica) sia autorizzata a generare i peggiori mostri, fino al punto di autodistruggersi. Come spiega De Vergottini, "nel periodo fra i due conflitti mondiali si sono affermati e imposti ordinamenti statali che hanno sistematicamente ignorato o violato le esigenze elementari della persona, e che sembrano avere pienamente confermato l'idea della mera identificazione fra forza statale e diritto da un lato, e della riduzione del diritto a semplice involucro formale procedurale della forza, dall'altro lato"<sup>36</sup>.

In tal modo, e seguendo la definizione di Comanducci, si può affermare che in questo momento storico il costituzionalismo in senso ampio, la cui unica esigenza si limitava a stabilire una norma fondamentale che delimitasse il potere, sarà definitivamente superato da un costituzionalismo in senso rigoroso che esige alla costituzione un contenuto al di là della semplice funzione limitativa per essere considerata come tale<sup>37</sup>.

-----  
costituzionalità, godendo della competenza di dichiarare l'incostituzionalità delle norme infracostituzionali. Il primo sistema è proprio dei sistemi di *Common Law*, come quello nordamericano, e il secondo di quelli continentali come quello spagnolo o italiano.

32. De Vega García, P., *El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional*, in *Teoría y realidad constitucional*, n° 1, 1998, p. 75.

33. Monroy Cabra, M. G., *Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, p. 16.

34. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México 1983, p. 232.

35. Ibid., p. 234

36. De Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, vol. 1, op. cit., p. 126

37. Comanducci, P., *Forme di (neo)costituzionalismo*, in Mazzarese, T., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, op. cit., p. 72.

Per Ferrajoli, questo assoggettamento dei poteri pubblici, “non solo in ciò che è relativo alla forma, ma anche ai contenuti” è il requisito imprescindibile per poter parlare di Stato di Diritto in senso forte e sostanziale, un modello che sarà sinonimo dello Stato *costituzionale* di Diritto nella stragrande maggioranza di nazioni che, realizzando la precedente esigenza, godono anche di una costituzione formale o scritta, (se vogliamo essere rigorosi dobbiamo accettare delle eccezioni come quella britannica<sup>38</sup>). Questo sarà il germe del neocostituzionalismo, così come spiegheremo con maggiori dettagli nel punto seguente.

## **2. Il neocostituzionalismo: una visione generale**

### **2.1. Introduzione: i pilastri fondamentali del neocostituzionalismo**

Seguendo M. Carbonell<sup>39</sup>, possiamo definire la natura e le manifestazioni del neocostituzionalismo presentandolo su tre livelli:

1) Il neocostituzionalismo vuole *spiegare una serie di testi costituzionali sorti dopo la Seconda Guerra Mondiale e soprattutto negli anni '70*. Questa nuova generazione di costituzioni non riduce il proprio contenuto all'enunciazione delle competenze dei poteri pubblici e a stabilire dei requisiti formali per il loro esercizio, ma include come elemento chiaramente innovativo e di straordinario peso specifico un insieme di norme e principi “materiali” di natura quantitativamente e qualitativamente inedita, la cui missione è orientare la condotta dello Stato dirigendola verso certi fini e obiettivi.

2) Da quanto detto nel punto precedente deriva una nuova linea di *pratiche giurisprudenziali*. La nascita dei testi costituzionali prima citati comportò logicamente un cambiamento nella giurisprudenza esistente, poiché la modifica della realtà che deve interpretarsi implica necessariamente una correlativa variazione degli strumenti e dei risultati del lavoro interpretativo. Nel caso presente, l'inclusione dei principi materiali giuridicamente vincolanti nelle costituzioni<sup>40</sup> diede luogo a nuove tecniche interpretative: la ponderazione, la ragionevolezza, la massimizzazione degli effetti normativi dei diritti fondamentali, l'effetto irradiazione, la proiezione orizzontale dei diritti, il principio *pro personae*, etc.

---

38. Ferrajoli, L., *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, in AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 14.

39. Carbonell, M., *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, in AA.VV., *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, op. cit., p. 9 e segg.

40. Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid 2005, pp. 93 e segg.

3) Insieme ai nuovi testi costituzionali, un'altra delle fonti sono gli *sviluppi teorici-dottrinali*. Dalla dottrina non solo si sono ricavati i cambiamenti costituzionali giurisprudenziali suddetti, ma questa ha anche partecipato attivamente allo sviluppo del neocostituzionalismo, attraverso i contributi dei grandi filosofi del diritto e costituzionalisti come Alexy, Zagrebelsky, Nino, Prieto Sanchís o Dworkin, le cui teorie sono riuscite a embricarsi di parte della giurisprudenza e della legislazione costituzionale.

La somma di questi tre livelli e la sua generalizzazione nel Diritto Costituzionale contemporaneo dà luogo al fenomeno del neocostituzionalismo, il quale sebbene ebbe dei precedenti isolati agli inizi del XX secolo, emerge solo come movimento giuridico, con il prestigio e la forza riformatrice che questo comporta, dopo il disastro della Seconda Guerra Mondiale e le lezioni che politici, giuristi e cittadinanza appresero dalla stessa. Carbonell segnala che una delle idee principali che ispirano questo nuovo fenomeno giuridico è “un mai più all’assolutismo, alla dipendenza, alle atrocità del nazionalsocialismo”<sup>41</sup>.

Come indica Ferrajoli, dopo la sconfitta del nazismo e del fascismo, “si scoprì che il consenso popolare del quale avevano goduto perfino i sistemi autoritari, non garantiva in assoluto la qualità della democrazia contro la degenerazione del potere politico”<sup>42</sup>. Morrone spiega, sulla stessa linea, che “la crisi dalla Repubblica di Weimar sta a dimostrare che la forma legale dell’organizzazione statale liberale, nei suoi sviluppi estremi, poteva convivere impunemente con l’uso illegittimo della forza, che la legalità poteva coesistere con l’illegalità”<sup>43</sup>

Effettivamente, “il positivismo giuridico era accusato di aver fornito le premesse per l’assolutizzazione del potere dello Stato, che aveva trovato nel totalitarismo la sua più radicale e terribile manifestazione”<sup>44</sup>. L’abbandono della costituzione aveva portato due terribili mali:

Il primo, aprire la porta affinché il legislatore ignorasse i suoi principi (non vedendosi obbligato a compierli), creando un ordinamento indifferente dinanzi ai diritti fondamentali del popolo (dei diritti che, per una maggiore umiliazione della cittadinanza, erano generalmente riconosciuti nella carta magna), cosa che costituiva il miglior terreno fertile per il fanatismo nazista che seppe canalizzare la sofferenza popolare.

---

41. Carbonell M., Salazar, P., *Prólogo*, in *Las enseñanzas de la constitucionalización europea y sus protagonistas intelectuales*, in *la constitucionalización de Europa*, UNAM, México 2004, p. 2.

42. Ferrajoli, L., *El papel de la función judicial en el Estado de derecho*, in Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, UNA, México 2005, p.90.

43. Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001, p. 481.

44. Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 66.

Il secondo non è che la logica del “tutto vale” applicata alla legislazione, quel relativismo estremo secondo il quale finché il potere rispetta i procedimenti formali di creazione legislativa, qualsiasi legge sorta dallo stesso, per quanto mostruosa sia, sarebbe giuridicamente valida. Il profondo errore di non avere sottratto al gioco politico e legislativo delle regole imprescindibili per il suo mantenimento, dei limiti che ogni giocatore doveva rispettare, che dovevano impedirgli di aggredire i suoi rivali o di far esplodere il campo con la dinamite, fu una delle chiavi che permisero l’ascesa (all’inizio marginale) del partito nazista.

Una volta superata la barbarie del nazismo, dentro lo spirito di superazione delle cause che condussero alla sua imposizione, si “riscopre” il valore della costituzione “come insieme di metaregole imposte ai titolari dei poteri politici, anche se sono di maggioranza, obbligati dalla stessa alla reciproca separazione e al rispetto dei diritti fondamentali di tutti, secondo la nozione di “costituzione” formulata due secoli fa dall’articolo 16 della Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino del 1789: *Tout société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution*”<sup>45</sup>. In questo modo, si accetta nel “suo insieme la supremazia della costituzione, sia come massima forma di garanzia dei diritti e delle libertà, sia come norma direttrice fondamentale da seguire per la realizzazione dei valori costituzionali”<sup>46</sup>, per cui la costituzione diventa contenitore dei diritti fondamentali e norma direttrice di tutti gli atti dei poteri pubblici, vale a dire, garanzia delle democrazia e della dignità umana dinanzi alle possibili arbitrarietà e abusi del legislatore.

Questo modello innovatore di organizzazione politica sarà plasmato nella nuova ondata costituente che, a partire dalla Costituzione italiana (1947) e dalla Legge Fondamentale di Bonn (1949), continuerà nel resto dell’Europa. Tale espansione ha determinato dei cambiamenti nel discorso politico, che preparano il terreno a ricevere la variante teorica, metodologica e ideologica del neocostituzionalismo. Contemporaneamente, questi tentativi di sottomettere il potere ai vincoli giuridici compariranno sul piano internazionale con la sottoscrizione nel 1945 della Carta dell’Organizzazione delle Nazioni Unite, l’approvazione nel 1948 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e dei conseguenti strumenti di protezione dei diritti, così come la creazione di tribunali internazionali che si adoperino per la loro validità.

Bisogna chiarire che il neocostituzionalismo non vuole semplicemente sostituire l’egemonia della legge con l’egemonia della costituzione. È vero che nella sua giustificazione teorica risalta il tema della democrazia costituzionale come autentica democrazia, cioè, la

---

45. Ferrajoli, L., *El papel de la función judicial en el Estado de derecho*, op. cit., p. 90.

46. Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid 1998, p. 128.

garanzia che il legislatore rimarrà effettivamente subordinato al patto fondamentale che la cittadinanza ha deciso di darsi, evitando che la maggioranza puntuale che la appoggia possa ignorare gli impegni affermati nel testo costituzionale, frutto del consenso di ogni popolo, che ha espresso in essa le linee maestre del proprio progetto di convivenza. Però gli obiettivi che questa nuova teoria giuridica propone si spingono oltre, e si collegano all'eterna utopia di ottenere un diritto giusto.

Attraverso la legittimità, la superiorità normativa e l'enorme prestigio sociale che caratterizzano la costituzione, il neocostituzionalismo cerca di trasformare in pietra angolare del sistema giuridico quei valori e diritti naturali capaci di orientare il diritto verso il bene comune in modo efficace e deciso. Per questo, si persegue in primo luogo una rimaterializzazione della costituzione, con il fine di darle un contenuto sostantivo, destinato a ispirare positivamente l'intero ordinamento. Si vuole creare un sistema materiale di valori il cui epicentro sia la difesa e la promozione della dignità umana, un sistema embricato della norma fondamentale il cui fulgore sia capace di illuminare e purificare ogni manifestazione concreta del diritto. La positivazione di questi valori diventerà effettiva attraverso i principi costituzionali e i diritti fondamentali che rappresenteranno la cuspide dell'ordinamento, e la cui peculiare struttura li rende particolarmente validi per realizzare il loro fine ispiratore.

Una volta determinato il contenuto sostanziale della costituzione, il neocostituzionalismo cerca di consolidarla come una vera norma suprema dell'ordinamento, concedendole il potere giusto per realizzare i suoi fini. La costituzione è presentata come l'unica norma con la legittimità di subordinare materialmente ogni atto di produzione e applicazione legislativa, e presenta questa autorità come una delle sue funzioni essenziali. La legge infracostituzionale è uno strumento del progetto che si afferma nella norma fondamentale, e la sua missione è quella di promuoverlo fino alle sue estreme conseguenze, assumendo come ragione della sua esistenza l'essere portatrice dello spirito costituzionale in tutte e in ciascuna delle manifestazioni del diritto.

Infine, il neocostituzionalismo tenta di creare il sistema di garanzie giusto affinché il nuovo ruolo della costituzione possa veramente realizzarsi. Con questo fine, deposita la sua fiducia nei giudici come interpreti della magna carta, incaricati di controllare che ogni corretta applicazione della legge sia conforme ai suoi fini e, nel caso del giudice costituzionale, di vigilare che la legge stessa rispetti la costituzione annullando quella che risulta incompatibile con la norma fondamentale.

In questo modo la *rimaterializzazione* della costituzione in forma di *principi di radice morale* (dove i diritti morali fondamentali hanno un ruolo centrale), l'affermazione della magna carta come norma ispiratrice dell'intero ordinamento, e il giudizialismo sono i tre pilastri del neocostituzionalismo, inglobando all'interno di essi il resto delle caratteristiche secondarie di questa dottrina, nel cui sviluppo possono esistere divergenze teoriche (autori considerati neocostituzionalisti si trovano in disaccordo nell'ascrivere a questo movimento le une o le altre scelte giuridico-politiche, che accettano o rifiutano come conformi alla loro filosofia e ai loro obiettivi essenziali). A continuazione, li esporremo in modo generale, rimandando ai capitoli seguenti il loro sviluppo dettagliato. Approfittiamo di questo punto per segnalare che, nel corso del presente lavoro, svilupperemo una visione del neocostituzionalismo che consideriamo quella più fedele alla sua natura, ma che può divergere da quella di alcuni autori dal percorso molto più avanzato del nostro. Tuttavia, tutte le affermazioni e le proposte sul neocostituzionalismo che realizzeremo in quest'opera saranno teoricamente avallate da costituzionalisti e filosofi del diritto di grande rinomanza, cosa che è, a nostro giudizio, un potente argomento aggiuntivo per sostenerle.

## **2.2. Rimaterializzazione della costituzione**

### **2.2.1. I valori come premessa dell'aspirazione di giustizia del diritto**

Come abbiamo già segnalato, la rimaterializzazione della costituzione modifica radicalmente la sua struttura e le sue funzioni, passando dall'essere una norma principalmente organizzativa e procedurale impegnata a disciplinare la vita interna dello Stato a un'altra essenzialmente materiale, che cerca di regolare l'insieme della vita sociale e del funzionamento statale con un nuovo impegno e una nuova determinazione.

Questo cambiamento presuppone il superamento del modello kelseniano predominante fino ad allora, sia esplicitamente che implicitamente, negli ordinamenti europei. Come è noto, Kelsen identificava la costituzione in senso "proprio" con "la regola sulla creazione delle norme essenziali dello Stato, sulla determinazione degli organi e sulla procedura della legislazione"<sup>47</sup>. La costituzione, proprio sotto la *Grundnorm*, occupa la cuspide del sistema dinamico formale che Kelsen enuncia per spiegare l'organizzazione del diritto, un sistema basato su una norma fondamentale che dava luogo a una serie di successive delegazioni di potere nelle quali la norma di grado superiore stabilisce lo schema di creazione di quella inferiore, un schema che si

---

47. Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, in *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid 1988, p. 114.



limita a determinare l'organo competente e la procedura stipulata per crearla, senza avere importanza alcuna il possibile contenuto, giusto o ingiusto, della norma elaborata. In questo modello piramidale ogni norma che ne possieda un'altra gerarchicamente inferiore rispetto ad essa arriva a considerarsi come fonte del diritto in senso proprio<sup>48</sup>.

La separazione tra diritto e morale proposta da Kelsen è radicale e strutturale. L'autore riserva il modello del sistema statico materiale per le norme morali, considerando che esse sono tutte frutto di un processo deduttivo, totalmente estraneo al diritto, la cui premessa costituiva una norma fondamentale di giustizia che si proiettava sulle norme morali minori, le quali dovevano rispettare il suo contenuto<sup>49</sup>. Come vediamo, entrambi i sistemi (statico formale, basato sulla competenza per creare la norma, e dinamico materiale, fondato sulla coerenza del suo contenuto) sono chiaramente antietici<sup>50</sup>. Kelsen condanna l'ispirazione morale del diritto affermando che "la purezza metodica del diritto è messa in pericolo (...) quando si distingue chiaramente tra diritto e morale"<sup>51</sup>, e allo stesso tempo disprezza le formule impiegate per l'inclusione dei valori morali del diritto e degli obiettivi generali nella costituzione (cioè, i principi costituzionali) per la sua presunta carenza tecnica. Secondo lui, il suo alto grado di indeterminazione impedisce di considerarle un atto di applicazione nel ragionamento giuridico, per cui si capisce che non obbligano il legislatore<sup>52</sup>. Dalla sua prospettiva, se si concedesse alla corte costituzionale il controllo di queste clausole, si produrrebbe un trasferimento del potere legislativo al giudice, situazione intollerante e antidemocratica. Di seguito afferma che "per evitare un simile spostamento – certamente non voluto dalla costituzione e completamente controindicato politicamente – del potere del parlamento ad una istanza che gli è estranea e che può trasformarsi in rappresentante di forze politiche molto diverse da quelle che si esprimono nel parlamento, la costituzione debba astenersi da ogni tipo di fraseologia e se vuole stabilire principi relativi al contenuto delle leggi, formularli nel modo più preciso possibile"<sup>53</sup>.

-----  
48. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, Ediciones UNAM, trad. de R. J. Vernengo, México 1983, pp. 243 e segg.

Ferrajoli critica che nel sistema kelseniano "la validità di una norma si identificherebbe con la sua esistenza giuridica, come prodotto di un atto normativo conforme alle norme riguardo alla sua produzione. La sua identificazione avrebbe luogo di conseguenza mediante riconoscimenti empirici attenti soltanto alle forme dell'atto normativo di produzione, ma anche mediante valutazioni di significato o di contenuto normativo delle norme prodotte". (Ferrajoli, L., *Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995, p. 355).

49. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 203.

50. Ibid., pp. 203-205.

51. Ibid., p. 72.

52. Kelsen afferma che in questi principi destinati a orientare il contenuto della legge "è solo presente una promessa di promulgazione di leggi, senza esistere nessun obbligo di metterla in pratica". (Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 235).

53. Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, op. cit., p. 143.

Nonostante la sua evidente preferenza per una costituzione senza contenuti materiali, Kelsen, nella sua ultima tappa, finisce con l'accettare la realtà giuridica secondo cui questi contenuti sono stati incorporati nelle costituzioni nate dopo la Seconda Guerra

Ebbene, le tesi di Kelsen, superate dal neocostituzionalismo, oggi continuano a ispirare i difensori del positivismo teorico. Delle tre domande fondamentali della teoria giuridica – validità, efficacia e giustizia della norma giuridica –, il positivismo si è occupato solamente delle prime due (adottando le posizioni dell'osservatore normativo, di chiara ispirazione kelseniana, e dell'osservatore empirico, che si fonda sul realismo giuridico<sup>54</sup>), relegando la restante alla filosofia o all'etica. Con il neocostituzionalismo la teoria giuridica vuole occuparsi delle tre questioni prima menzionate, e la costituzione, con la sua enorme importanza, sarà l'epicentro di questo nuovo movimento. Si produce così l'abbandono definitivo del legalismo, del giuridicismo estremo, del legicentrismo, del formalismo giuridico<sup>55</sup>.

Così, la posizione neocostituzionalista postula una *connessione necessaria* tra il *diritto* e la *morale* attraverso la *costituzionalizzazione dei valori* (il cui epicentro è la dignità della persona), essendo questa la tesi fondamentale del neocostituzionalismo nel suo versante metodologico, che stabilisce questo vincolo come assolutamente necessario e definitorio dell'autentico diritto<sup>56</sup>. Così la determinazione della validità della norma non dipende più solo dalle norme superiori di produzione, norme di produzione dal forte contenuto morale. Così profonda è la radice morale dell'albero del diritto che *l'adozione del punto di vista interno* o del partecipante, cioè, di colui che comprende e assume i principi morali del sistema giuridico, diventa condizione necessaria, secondo autori come Nino o Dworkin, per la comprensione del fenomeno giuridico, poiché esso è pregno di tali principi, embricati nella costituzione. Analizzeremo la tesi dal punto di vista del partecipante nel terzo capitolo.

È vero che, come afferma Prieto Sanchís, “i principi puntano all'idea del sistema, idea che non garantisce la bontà morale del diritto, ma che si fa di esso un ordine normativo in cui il criterio statico o di derivazione materiale abbiano sempre un ruolo da interpretare”<sup>57</sup>. Ossia, non si può affermare che la morale su cui si fonda il diritto sia la morale corretta, ma, vedendo i testi costituzionali europei, è innegabile che si avvicini ad essa, sebbene lo faccia in modo insufficiente, e senza dubbio questo fondamento morale, anche se è incompleto, risulta essere un'alternativa migliore che la rinuncia della costituzione a perseguire obiettivi di giustizia rispetto all'arbitrarietà contingente del legislatore.

-----  
Mondiale, però senza che la sua sfiducia verso di loro (evidenziata nella sua esortazione a ridurre e a concretizzare al massimo questi contenuti) diminuisca.

54. Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica positiva y neoconstitucionalismo*, Mc Graw Hill, Madrid 1999, p. 207.

55. Santiago, A., *Sistema jurídico, teoría del Derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo*, in *Dikaion*, Año 22, n° 17, 2008, p. 139

56. Sastre Ariza, S., op. cit., p. 172.

57. Prieto Sanchís, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, pp. 24-25.

A continuazione rifletteremo brevemente in questo senso sulle tesi di quattro grandi autori neocostituzionalisti: Alexy, Dworkin, Ferrajoli e Zagrebelsky. Il loro pensiero sarà studiato con maggiore attenzione in altri punti più specifici del presente lavoro.

Alexy ammette l'ingiustizia nel diritto, ma non l'ingiustizia estrema. Quando l'ordinamento contraddice i diritti fondamentali della persona, si può smettere di considerarlo diritto poiché è caduto nella più assoluta iniquità. Secondo la sua prospettiva, la validità del diritto si fonda, anzitutto, sulla sua efficacia. Le norme giuridiche devono essere socialmente efficaci, almeno a grandi linee, e anche valide sul piano sociale, provenendo da una costituzione stabilita e considerata come valida dalla società. Però questo non è il suo unico requisito. Come affermavamo prima, il diritto deve possedere una pretesa di giustizia che lo allontani dall'ingiustizia estrema per beneficiare della validità. La sua assenza, eliminerà la validità delle norme isolate estremamente ingiuste e quella di tutto l'ordinamento quando queste siano così numerose da togliergli il minimo di consistenza che deve caratterizzare ogni sistema normativo<sup>58</sup>.

La tesi della connessione giustificatrice, difesa da Nino, sostiene che la norma non può ricevere la giustificazione da se stessa, poiché ciò implicherebbe una caduta nella fallacia naturalistica. Al contrario l'autore considera che tale giustificazione possa basarsi solo su principi morali secondo il principio di unità di ragionamento pratico<sup>59</sup>. Come spiega Pozzolo, riferendosi alla posizione di Nino, "il diritto offre delle ragioni per agire. Ciò implica che il diritto debba essere degno di rispetto: questo si distingue dal mero comando per la sua pretesa di giustizia (...) la normatività del diritto è connessa alla promozione del bene comune (...) e la giustificazione del diritto è chiaramente morale: diritto e morale fanno parte dello stesso discorso"<sup>60</sup>.

Per Zagrebelsky, esiste solo una forma di evitare gli orrori che l'umanità ha vissuto nel secolo passato a causa del suo totale allontanamento da qualsiasi criterio morale, un allontanamento che portò agli orrori del nazismo. Secondo l'autore bisogna recuperare "un fondamento materiale oggettivo, più forte delle ragioni e delle volontà politiche che si fossero affermati nel corso del tempo". Con questo scopo, il diritto posteriore alla Seconda Guerra Mondiale "doveva recuperare qualcosa di indiscutibile, qualcosa che potesse prendersi come punto di partenza "naturale" e non controverso, di qualsiasi ordine sociale e politico e da cui nessuno potesse separarsi". Tuttavia in pieno XX secolo era inattuabile un ritorno, senza

-----  
58. Questa idea verrà sviluppata nel punto 3 del prossimo capitolo.

59. Parleremo in dettaglio della posizione di Nino nel punto 3 del seguente capitolo.

60. Pozzolo, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 127.

aggiungere altro, al diritto naturale. “Il diritto naturale, in quanto affermazione di un ordine che si presenta come giusto e incontrovertibile, non sarebbe compatibile con la democrazia nel suo senso moderno, che è, al contrario, legata all’opponibilità e al contrasto tra i progetti, cioè, alla relatività”<sup>61</sup>. In questa situazione, la soluzione consisterebbe nella costituzionalizzazione dei diritti dell’uomo in modo da essere allo stesso tempo fondamenti oggettivi di giustizia e diritto positivo ratificato dal popolo nelle loro costituzioni, un diritto non immutabile, che possa evolversi e modificarsi, però senza rinunciare mai alla sua connessione essenziale con la dignità umana.

Infine, Ferrajoli usa la relazione diritto-morale (attraverso il filtro della costituzione) per ridefinire i concetti di validità e di vigenza normativa. Adesso, la vigenza segnala semplicemente che una norma è stata dettata dalle autorità pubbliche e vuole produrre effetti giuridici, mentre la validità giuridica passa a significare conformità con i diritti fondamentali dei cittadini e gli altri principi costituzionali. Nessuna norma sarà pienamente valida se non risulta conforme al testo costituzionale<sup>62</sup>. Ferrajoli, nonostante venga inquadrato nel neocostituzionalismo per le concomitanze tra le proprie tesi e alcuni dei tratti distintivi propri di questo fenomeno, manterrà una posizione molto più vicina al positivismo rispetto agli autori già citati. Pertanto, questo autore considera che i diritti fondamentali costituzionalizzati trovino il loro valore giuridico nella loro positivizzazione (e non nella loro giustizia materiale), rappresentando semplici conquiste storiche riflesse nel diritto anziché valori giuridici oggettivi e universali<sup>63</sup>.

Dalle posizioni di questi maestri della filosofia giuridica, possiamo concludere che il neocostituzionalismo assume come una delle sue tesi essenziali *il vincolo necessario tra diritto e morale* (una morale basata sui diritti della persona), ma a differenza del giusnaturalismo lo identifica con i principi costitutivi o criteri di identificazione del sistema, cioè, con le norme costituzionali, sebbene queste debbano possedere un fondamento comune di giustizia. In questo modo, combina le componenti statiche e dinamiche della legge che raccoglie la teoria kelseniana. Non conta più solo il dinamico (vale a dire, che la legge sia approvata secondo una determinata procedura), ma anche lo statico (che il contenuto della legge si deduca dal contenuto di un’altra norma superiore).

---

61. Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 68.

62. Pisarello, G., Suriano, R., *Entrevista a Luigi Ferrajoli*, *Isonomía*, n° 9, 1998, pp. 187 e 188.

63. Ferrajoli, L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n° 3, 2010, p. 2785.

### 2.2.2. I principi costituzionali come fondamento del sistema giuridico

Una volta esposta la naturale relazione che deve esistere tra la giustizia e l'ordinamento giuridico e la scommessa per il suo raggiungimento che suppone il processo di rimaterializzazione della costituzione, procederemo a descrivere succintamente gli strumenti normativi destinati a contenere i valori ispiratori del diritto, cioè, i principi costituzionali.

Come abbiamo già segnalato, i contenuti valutativi della costituzione si manifestano attraverso un tipo specifico di norme denominate principi, relative a cosa dire e non dire, diverse dalle regole, riservate a chi e a come dire. Zagrebelsky evidenzia la posizione dei principi come espressione dello spirito costituzionale all'affermare che "distinguere i principi dalle regole è, a grandi linee, distinguere la costituzione dalla legge"<sup>64</sup>.

Secondo Alexy, principi e valori "sono la stessa cosa, contemplati in un caso sotto un aspetto deontologico e in un altro caso sotto un aspetto assiologico. I principi che si riferiscono a "ciò che è dovuto" e i valori a "ciò che è meglio"<sup>65</sup>. Cioè, i valori stabiliscono la bontà di determinate realtà, e i principi orientano il diritto verso il conseguimento delle stesse. Il valore descrive, e il principio stabilisce, sulla base del contenuto del valore, criteri normativi. Un principio non deve ispirarsi necessariamente a un valore, potendo perfino rappresentare dei controvalori (il caso del principio di discriminazione femminile in certi Paesi), ma negli Stati costituzionali i principi tendono ad essere la materializzazione giuridica dei valori essenziali che devono essere osservati dalla società affinché questa sia giusta.

In tal modo, il principio costituzionale esprime un obiettivo, uno dei punti essenziali che foggiano il progetto di convivenza giusta e democratica di una nazione, e che di conseguenza possiedono un'evidente ispirazione morale. Questo obiettivo è chiamato a realizzarsi in tutto l'ambito giuridico e sociale. Così il principio della dignità della persona cerca fini molto diversi, giuridicamente parlando, come evitare il trattamento degradante dei detenuti dalle forze di sicurezza e promuovere condizioni di lavoro giuste per i cittadini.

Questa pretesa espansiva dei principi li porta a essere generici, esprimendo un valore astratto che si materializza mediante le azioni concrete di legislatore e giudice, obbligati a essere

---

64. Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., p.110.

65. Alexy, R., *Derecho y razón práctica*, Distribuciones Fontamara, México DF 1998, p. 14.

Ciononostante esistono posizioni diverse, per esempio, García Figueroa considera la differenza tra valori e principi e il loro grado di astrazione. Secondo lui, i valori sono elementi della costituzione ancora più generali che i principi. (García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998, p. 206).

promotori attivi degli obiettivi costituzionali. E deve risaltare la parola “promotori” poiché, dall’ottica neocostituzionalista, si abbandona la massima secondo cui “il legislatore è libero di agire fino a quando non violi la costituzione”, e la si sostituisce con quella secondo la quale “il legislatore trova la ragion d’essere del proprio potere nel compimento attivo e fedele dei fini che gli segna la norma fondamentale”, il che non implica di seguire un unico percorso (questo annullerebbe la discrezionalità del potere politico), però si riduce i possibili percorsi da seguire, limitandoli a quelli capaci di sviluppare il progetto costituzionale.

Da una prospettiva puramente tecnica ed estranea alla ricerca della correttezza del diritto, anche i principi sono utili e necessari, poiché permettono di risolvere i casi insufficientemente previsti nelle regole. Allo stesso modo, i principi garantiscono la coerenza dell’ordinamento ed evitano il casuismo che tanto deteriora la sua qualità tecnica. La proliferazione delle norme isolate per ognuno dei quasi infiniti casi che possono presentarsi nella pratica è preludio di antinomie, lacune e controsensi. Non solo la pretesa di giustizia, ma anche il semplice prestigio tecnico di tutto l’ordinamento rimarrebbero nell’incertezza se davanti a tre casi molto simili, questo offre due soluzioni totalmente incoerenti per i primi due e lascia insoluto il terzo<sup>66</sup>.

Per un’interpretazione pienamente adeguata dei principi si rivela essenziale il concetto di “sovra-interpretazione” della costituzione<sup>67</sup>. Per mezzo di questa tecnica si cerca di abbandonare la vecchia idea secondo cui la costituzione regola soltanto una parte dell’ordine sociale e tutto quello che eccede l’ambito relativo al suo tenore letterale, costituisce una “*political question*”<sup>68</sup> che può essere liberamente regolata dal legislatore. Si sostituisce l’interpretazione letterale della costituzione con la figura delle norme inesprese che possono ispirare e fondare ogni meandro dell’ordinamento attraverso l’interpretazione globale dei precetti costituzionali, che darà come frutto un’identificazione della sua stessa essenza capace di applicarsi a qualsiasi ambito giuridico. In questo senso, i principi possono, secondo la numerosa dottrina e giurisprudenza di nazioni come quella spagnola o quella italiana, dedursi dal testo costituzionale senza essere plasmati in esso. Questi sono i principi costituzionali impliciti.

-----  
66. In questo senso, Sánchez Martínez segnala che “I principi, come modelli fondanti delle regole, e pertanto, fondamenti di esse permettono uno sviluppo del diritto che va al di là di un semplice atto di concretezza. Garantiscono l’unità interna del diritto e sono un elemento fondamentale dell’interpretazione (...). È da qui che i principi servono per attribuire senso e significato ad altre norme (...). I principi mostrano il contenuto valutativo dei precetti giuridici e da questa unità valutativa che forniscono proviene la coerenza del sistema (...). Principi e regole sono elementi “mutuamente imprescindibili” di ogni attività giuridica” (Sánchez Martínez, O., *Los principios en el Derecho y la dogmática penal*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n° 32, Dykinson, Madrid 2004, pp. 42, 45 e 46).

67. Guastini, R., *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento*, in Mazzarese, T., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, op. cit., pp. 160 e 161.

68. Landa Arroyo, César, *Justicia constitucional y political questions*, in *Anuario iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 4, 2000, pp. 174 e segg.

Manuel Aragón argomenta che, nel caso spagnolo, la stessa Legge Organica del Potere Giudiziario ammette l'esistenza di questi principi<sup>69</sup>.

Questo perché il contenuto della costituzione varia enormemente a seconda di come si interpreti. Se si considera la forma letterale prima descritta, è chiaro che un'infinità di materie obiettivamente suscettibili di essere ispirate dai principi costituzionali rimangono fuori dal suo ambito, poiché una norma fondamentale capace di raccoglierle tutte sarebbe, oltre che smisurata, assurda, dato che il suo fine è stabilire le fondamenta dell'ordine giuridico e non quello di raccogliere il diritto intero. Se, al contrario, si opta per la sovrainterpretazione, l'arbitrarietà legislativa riguardo alla costituzione è impensabile, giacché i principi costituzionali raggiungeranno la loro legittima dimensione, in modo che il legislatore diventi il braccio del progetto costituzionale<sup>70</sup>.

Nonostante questo bisogno di interpretare estensivamente la costituzione, non possiamo ovviare alla diversità dei principi costituzionali che, unita all'uguaglianza gerarchica che li caratterizza, può supporre un problema al momento della loro applicazione. La giustizia, metafisicamente concepita, protegge i beni più diversi della persona (autonomia personale, diritto ai mezzi materiali necessari per vivere con dignità), e questi beni possono scontrarsi con i casi sul piano pratico, dato che la promozione di uno può portare a ignorare l'altro.

Inoltre, dobbiamo ricordare il carattere di patto della costituzione che, essendo fedele a un ideale di giustizia, ha anche l'obbligo di raccogliere le sensibilità politiche dei diversi settori sociali per preservare la sua natura consensuale dalla quale, in gran misura, proviene la sua legittimità, ma senza dimenticare la sua indispensabile pretesa di giustizia. Allo stesso modo, ogni costituzione è chiamata a perdurare nel tempo, il che implica che deve essere capace di

-----  
69. L'articolo 5 della LOPJ (Legge Organica del Potere Giudiziario) prevede che "la costituzione è la regola suprema dell'ordinamento giuridico, e vincola tutti i tribunali e i giudici che interpretano e applicano le disposizioni legislative e regolamentari secondo i precetti e principi costituzionali, in accordo con l'interpretazione degli stessi che risulta dalle risoluzioni dettate dalla corte costituzionale in qualsiasi tipo di processo". Aragón sostiene che "Quello che a prima vista può sembrare una redazione imperfetta (che distingue fra i principi e precetti, quando risulta che i principi "costituzionalizzati" sono precetti della costituzione) si manifesta, al contrario, se si approfondisce il suo significato, come un successo, giacché l'espressione "precetti e principi" non deve intendersi come "norme e principi", bensì come la conferma che esistono altri principi costituzionali, oltre a quelli positivizzati nei precetti della costituzione (precetti che, naturalmente, allo stesso modo contengono norme e principi). (Aragón, M., *Constitución, democracia y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2002, p. 44).

70. In tal modo, non esiste legge che possa sottrarsi al controllo della costituzionalità. Come afferma Ferrajoli, la validità della legge non dipende solo dalla sua esistenza per essere stata approvata secondo il procedimento formale previsto dalla costituzione (il quale dà luogo alla sua semplice vigenza), ma anche dalla sua concordanza con il contenuto materiale della costituzione. È perfettamente possibile che una norma meramente vigente "sia sostanzialmente invalida per il contrasto del suo significato con le norme costituzionali", e questa invalidità sostanziale la inquina fino al punto che la giurisdizione costituzionale può e deve annullarla (Ferrajoli, L., *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, in AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 18).

accogliere nei suoi articoli, senza la necessità che questi siano modificati, le nuove visioni della realtà che offrono i tempi, un' esigenza che la porta a incidere sulla maggioranza e sull'apertura dei suoi principi. Come afferma Zagrebelsky, “se la costituzione statunitense proibisce le pene “inusitate e crudeli”, e non sono stati proibite, analiticamente, le frustate, la tortura, la gogna, eccetera, è perché era nell'intenzione dei costituenti che tali formulazioni vivessero nel futuro (...), la “costituzione vivente”, vale a dire, l'apertura all'evoluzione della cultura giuridica, è, giustamente, ciò che troviamo nell'intenzione dei padri costituenti, quando si esprimono per mezzo di norme di principio”<sup>71</sup>.

Questo vincolo politico dei principi non solo incide sul problema del possibile scontro con se stesso, ma prospetta anche uno scontro con le pretese, fino ad un certo punto legittime, del legislatore democratico che vuole realizzare il proprio programma politico senza essere necessariamente limitato dalla costituzione. Pertanto, lo scontro tra principi costituzionali (o tra questi e le pretese del potere politico), è una realtà riconosciuta dal neocostituzionalismo, una realtà che può verificarsi tanto a livello politico (conciliazione dell'autonomia del legislatore con le esigenze materiali della norma fondamentale), quanto a quello dell'applicazione giudiziaria del diritto (scontro di due o più principi costituzionali al momento di risolvere un caso reale) e alla quale si cerca di dare soluzioni attraverso vie diverse.

In primo luogo, e a livello politico, il neocostituzionalismo difende una costituzione come ordinamento, struttura o sistema aperto, cioè, come una norma i cui contenuti sostanziali non esprimono un sistema assiologico chiuso, ma al contrario, il pluralismo ideologico presente nelle società contemporanee. Nella costituzione devono coesistere diversi “mondi costituzionalmente possibili”<sup>72</sup>, la cui attualizzazione corrisponde agli organi politici, sempre e quando tutte queste alternative di governo siano conformi alla dignità della persona. In questo senso “l'autorità che crea la costituzione “lega le mani” alle autorità successive”<sup>73</sup> in ciò che è relativo all'inadempimento delle loro disposizioni, però questo non li priva di un'ampia discrezionalità materializzata nella loro legittimità per costruire alternative conformi alla costituzione.

Proprio questa conciliazione tra giustizia e rispetto della diversità è il centro della tesi del costituzionalismo mite, promossa da Zagrebelsky. Questo autore rifiuta il fatto che la costituzione debba essere espressione di un progetto di vita comune, ma anche che debba essere

---

71. Zagrebelsky, G., *Jueces constitucionales*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXIX, n° 117, 2006, pp. 1143 e 1144.

72 Moreso, J.J., *Mundos constitucionalmente posibles*, in *Isonomía*, n° 8, 1998, pp. 144 e segg.

73. Ibid., p. 157.



carente di contenuti sostantivi. Ciò che caratterizza queste clausole materiali è l'introduzione dei contenuti contraddittori e dal carattere non assoluto, la cui mitezza permette di renderli compatibili con i restanti valori insieme ai quali devono convivere, allo stesso tempo in cui impedisce gerarchie astratte e definitive tra loro.

In questo modo sarà la politica costituzionale, e non la costituzione stessa, a determinare “i risultati storici concreti” del testo costituzionale in ogni periodo, ma sempre con la garanzia che tali risultati siano conformi alla giustizia. Riferendosi alla costituzione e alle diverse generazioni di cittadini, Zagrebelsky afferma che “a ogni generazione di eredi spetta il fatto di “migliorare e perpetuare”, e non di buttare al vento l'eredità ricevuta”<sup>74</sup>. In questo contesto, la libertà decisionale del legislatore è un bene da proteggere, ma non meno che la giustizia del diritto, dalla quale dipende l'effettiva protezione della dignità del cittadino.

Avendo già analizzato l'ambito politico, ci concentriamo adesso sul livello giudiziale. Qui, quando si presentano delle antinomie tra i principi non possono utilizzarsi gli strumenti propri dell'interpretazione delle regole (gerarchia, specialità, etc...), poiché tutti quanti possiedono la stessa gerarchia e in astratto non sono compatibili. Bisogna ricorrere pertanto alla ponderazione, perché solo così è possibile mantenere in piedi l'uguaglianza dei principi della costituzione. Mediante la ponderazione si stabilisce una “gerarchia assiologica debole”<sup>75</sup> tra i principi. I principi saranno ponderati dal giudice nel caso concreto, lasciandogli grande libertà in questo, sebbene abbia il dovere di essere fedele agli stessi e di non prendere una decisione contraria allo spirito costituzionale.

A seconda del caso che si prospetta, delle sue caratteristiche specifiche, prevarrà un principio sugli altri in gioco, un principio che, in un altro caso diverso, può essere subordinato ad altri che nel caso precedente sono stati parzialmente inadempiti affinché questo prevalesse. Bisogna rilevare inoltre che, nella ponderazione, non solo si decide quale principio deve avere più peso, ma il grado di applicazione del resto poiché, il fatto che il primo principio prevalga, non implica che gli altri perdano ogni influenza sul caso (così per esempio, davanti a una denuncia per un presunto delitto di oltraggi, il giudice può finire con l'accettare di condannare l'accusato, ma riducendo la pena per il peso considerevole che nel caso aveva il diritto alla libertà di espressione, dovuto a quanto giustificato dall'intenzione critica dell'autore, nonostante si fosse prodotto qualche eccesso formale).

---

74. Zagrebelsky, G., *Jueces constitucionales*, op. cit., p. 145.

75. Guastini, R., *Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*, in *Palestra del Tribunal Constitucional*, Revista mensual de jurisprudencia, Año 2, N° 08, Lima, p. 636.

Ed è per questo che i principi sono presenti in ogni applicazione della legge, si applicano perfino a quella “facile” in cui non si verifica nessuno scontro tra principi e legge, essendo l’elemento di giudizio attraverso cui il giudice valuta la legge, intendendo che non li viola. La discussione sull’affidabilità della sua applicazione pratica e il margine di discrezionalità reale che il giudice possiede al momento di renderli effettivi sarà studiata nell’ultimo capitolo, relativo all’interpretazione giudiziale, in cui analizzeremo in maniera più approfondita l’aspetto dei principi da una prospettiva tecnica.

Nel corso di questa esposizione abbiamo mostrato l’enorme valore e la convenienza dei principi costituzionali come espressione del consenso popolare intorno ad una struttura fondamentale di convivenza sociale, ma anche come garanti di un ordinamento giusto e democratico, dove le libertà politiche e i diritti sociali si vedono effettivamente riconosciuti. Ferrajoli arriva a classificare l’assenza di precetti legali, che sviluppano pienamente i diritti soggettivi consacrati nella costituzione, come lacuna tecnica e non solo assiologica, dato il dovere capitale che obbliga il legislatore a rendere effettiva la costituzione. Questa posizione, a nostro giudizio corretta, gli arreca critiche di autori come Comanducci, i quali, sebbene ammettano la lacuna assiologica, rifiutano che sia anche tecnica poiché considerano inesistenti i diritti che ancora non comportano obblighi per non essere stati sviluppati legalmente e, pertanto, a suo parere non esistono<sup>76</sup>.

Assumere come guida del diritto questi principi con così tanta assoluta convinzione non è affatto arbitrario né ingiustificato. Ricordiamo che la costituzione non è che il documento su cui converge la volontà dei cittadini in ciò che è relativo alle condizioni fondamentali di convivenza che segnano per il loro Stato, indipendentemente da quali siano le loro preferenze personali e la loro ideologia. Pertanto, la legittimità della costituzione si trova, in gran misura, nel fatto che, come dice Alexy, raccoglie quello “che i cittadini razionali con diverse concezioni personali del bene considerano come condizioni di cooperazione sociale giuste così importanti che il semplice legislatore non può decidere su di esse”<sup>77</sup>. Tanto per la legittimità democratica quanto per la pretesa di correttezza che un consenso tanto ampio proveniente da volontà così diverse rappresenta, il valore della costituzione, e i principi che la integrano, è innegabile. Questa posizione coincide con ciò che Comanducci denomina la posizione del “neocostituzionalismo metodologico”<sup>78</sup>, la quale ammette “la connessione necessaria, identificativa e/o giustificativa del diritto e della morale attraverso dei principi”.

-----  
76. Comanducci, P., *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, in AA.VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 89.

77. Alexy, R., *Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático*, in AA.VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 40.

78. Comanducci, P., *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, op. cit., p. 87.

Per tutte queste ragioni la costituzione rappresenta il pilastro fondamentale del sistema di convivenza che la cittadinanza ha deciso di assegnarsi, e perciò i legislatori, rappresentanti indiretti della volontà popolare, che non ha motivo di coincidere con la loro linea di procedura legislativa (se, per esempio, il partito maggioritario nel parlamento tradisce le loro promesse elettorali o legifera in un senso in maggioranza rifiutato dalla collettività), non possono esercitare il loro mandato contro ciò che viene stipulato nella norma fondamentale, riflesso fedele e diretto delle regole del gioco approvate in prima persona dai cittadini. Proprio sulla suprema importanza della costituzione e sulla sua posizione di pietra angolare del diritto, parleremo nelle prossime righe.

### **2.3. Consacrazione della costituzione come autentica pietra angolare dell'ordinamento**

Come segnala García Figueroa, ogni ordinamento possiede una correzione latente che egli denomina “costituzionalità”, e che implica un’inclinazione naturale verso la sua correttezza e giustizia che si otterrà solo mediante un autentico processo di costituzionalizzazione, il quale a sua volta si otterrà attraverso il suo fondarsi su valori morali e rispettosi della dignità del cittadino<sup>79</sup>, così come abbiamo appena esposto, includendo nella costituzione quel tipo di norme giuridiche atte a espandere l’influenza della costituzione a tutto l’ordinamento. Questa tesi costituisce la premessa fondamentale di quello che Comanducci chiama “neocostituzionalismo ideologico”<sup>80</sup>, che consiste nella convinzione della assoluta idoneità dello stato costituzionale per costruire un sistema politico giusto e dove l’esercizio del potere non supponga una minaccia per il cittadino, ma un valido appoggio e una protezione.

Da questa prospettiva, la costituzione non deve cercare soltanto la limitazione del potere (obiettivo già largamente conseguito, almeno a grandi linee), ma deve promuovere e far valere nell’ambito giuridico e sociale dei principi e dei diritti fondamentali che la identifichino

-----  
79. García Figueroa, A., *La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo*, in AA.VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp. 174-176 e Comanducci, P., *Formas de (Neo)constitucionalismo, un análisis metateórico*, op. cit., p. 87.

80. Il neocostituzionalismo ideologico si differenzia dal costituzionalismo classico poiché, a parte il suo compromesso con lo Stato costituzionale moderno, il suo principale obiettivo è lo sviluppo dei diritti fondamentali, obiettivo anteposto alla classica ricerca della divisione dei poteri. Questo obiettivo di espandere l’influenza della costituzione trasformandola in un veicolo di giustizia e fomento della dignità del cittadino, è generalmente assunto dagli autori che collocano in questa corrente la necessaria base morale del diritto e l’adozione del punto di vista interno o il compromesso con i valori costituzionali da parte del giurista al momento di interpretare le norme. Come buona “ideologia”, questa corrente di pensiero non solo descrive i risultati raggiunti dal neocostituzionalismo, ma li difende e li promuove cercando il loro massimo sviluppo (Comanducci, P., *Formas de (Neo)constitucionalismo, un análisis metateórico*, op. cit., pp. 85-86, e Prieto Sanchís, L., *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in AA.VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 124).

e le diano senso<sup>81</sup>. Così, come già abbiamo segnalato, le costituzioni ispirate al neocostituzionalismo hanno approfondito i contenuti valutativi, espressi in forma imprecisa nella maggior parte delle volte e utilizzati come parametro di validità delle norme infracostituzionali.

Queste costituzioni cercano di modellare l'ordine sociale secondo dei valori accettati dall'insieme delle società, promuovendo una democrazia sostanziale e costituzionale che escluda la decisione della maggior parte di certi ambiti, come i diritti umani, che nessuno ha la legittimità di violare. Cioè "se l'ordinamento stabilisce che è obbligato a osservare la costituzione scritta, tutti i suoi precetti sono obbligatori, qualunque sia la materia di cui si occupino, e a tutti corrisponde allo stesso modo la condizione di norma suprema"<sup>82</sup>.

Il costituzionalismo rigido che sorge da questa teoria, consacra una sfera del diritto che non è decidibile in due aspetti; uno, relativo a ciò che non si può decidere e l'altro, relativo a ciò che si deve decidere<sup>83</sup>. In questa nuova realtà giuridica, il legislatore ha il dovere non solo di non intromettersi in certi diritti cittadini, ma anche di realizzare tutte le azioni e le iniziative opportune per rendere effettivi i diritti e le prestazioni che la costituzione riconosce al cittadino, principalmente i diritti sociali. Questo dovere ha una delle sue manifestazioni più rilevanti nella gestione delle risorse che la collettività mette nelle mani del potere politico, e nell'uso razionale e giusto in tutti gli ambiti della vita sociale, restando il governo obbligato a realizzare una distribuzione equilibrata e razionale delle risorse per privilegiare ambiti che, per la loro stessa natura, possiedono una particolare importanza nella misura in cui soddisfano necessità fondamentali del cittadino, come possono essere la sanità e l'educazione. Come segnala Zagrebelsky "lo Stato non è chiamato solo ad impedire, ma anche a promuovere, impiegando positivamente per questo fine le sue stesse forze e quelle dei soggetti privati"<sup>84</sup>.

-----  
81. La costituzione moderna, per sviluppare tutta la sua capacità potenziale per servire al progresso e al benessere della società, deve assumere la funzione che Bongiovanni denomina di "integrazione sociale" mediante l'effettiva promozione dei "fini, aspirazioni e valori che divengono obiettivi dell'attività pubblica" (Bongiovanni, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, op. cit., p. 9).

82. De Otto, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona 1993, p. 18.

83. Rentería Díaz, A., *Constitución y democracia ¿Límites y vínculos?*, in *Confinos de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, n° 6, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Monterrey, México 2007, pp.16-18.

84. Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 93.

Zagrebelsky sintetizza il declino dello Stato legislativo a favore dello Stato costituzionale con le seguenti parole: "La legge, un tempo misura esclusiva di tutte le cose nel campo del diritto, cede così il passo alla costituzione e diventa essa stessa oggetto di misurazione. Viene detronizzata a vantaggio di un'istanza più alta. E quest'istanza più alta assume ora il compito immane di reggere in unità e in pace intere società divise al loro interno e concorrenziali. Un compito inesistente in altri tempi, quando la società politica era, e si presupponeva che era in se stessa, unita e pacifica. Nella nuova situazione, il principio di unità è ciò che deve assicurare il conseguimento di tale obiettivo di unità." (Ibid., p. 40).

A partire dalle premesse prima analizzate si produce una metamorfosi del diritto, un “autentico cambiamento genetico”<sup>85</sup> usando le parole di Zagrebelsky che comporterà una modifica radicale della teoria della fonti aggrappandosi fermamente alla supremazia della costituzione rispetto al legalismo precedente. Secondo questa massima, la nuova visione neocostituzionalista supporrà una modifica del luogo della legge nella scala normativa, favorendo un’apertura delle fonti del diritto grazie alla quale i valori costituzionali, espressi attraverso i principi, saranno consacrati come centro dell’ordinamento. “Si può dire, adesso, che l’alternativa classica tra governo delle leggi e governo degli uomini si trasforma in un’alternativa che si gioca all’interno del governo delle leggi, tra il governo delle leggi emanate dal legislatore e il governo della Costituzione, come prodotto della volontà comune per assicurare la convivenza civile”<sup>86</sup>.

In questo modo, lo Stato costituzionale moderno supera completamente il principio ottocentesco della legalità, che si evidenzia nella subordinazione della legge alla costituzione, nella perdita di generalità, astrazione e statalità, nella molteplicità delle norme così come nell’eterogeneità dei suoi contenuti. La legge statale è privata della sua antica onnipotenza: adesso la sua sottomissione alla costituzione è reale.

D’altra parte, le nuove circostanze storiche e l’auge della globalizzazione aumentano sempre più il protagonismo delle norme internazionali che, in forma di trattati, convenzioni o patti, regolano, previa accettazione degli Stati, ambiti della loro sovranità che, in alcune occasioni, possono considerarsi di straordinaria importanza (come nel caso della politica economica della nazioni integrate nell’UE). Questo fenomeno crea una nuova minaccia per la vigenza reale della costituzione, poiché si può verificare che uno Stato, abbagliato dal potere di una determinata organizzazione internazionale, firmi degli accordi con essa che contraddicono ciò che è previsto nella sua norma fondamentale. Per evitare questo rischio, oltre alla responsabilità politica del governante, serve la sorveglianza impegnata e indipendente dalle corti costituzionali, allo scopo di dichiarare l’incostituzionalità di qualsiasi accordo che violi la magna carta.

C’è chi critica la presunta limitazione della democrazia che questo modello di costituzione supporrebbe, al circoscrivere il margine di azione del potere politico ai limiti che costituiscono i diritti fondamentali e i principi costituzionali, senza capire che il rispetto di questi è proprio il

---

85. Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., p.114.

86. Rentería Díaz, A., *Constitución y democracia ¿Límites y vínculos?*, op. cit., p. 16.

requisito fondamentale della vera democrazia, poiché garantiscono lo *status* che ogni cittadino deve avere per partecipare in condizioni accettabili al processo politico, così come abbiamo già segnalato nel capitolo precedente difendendo la rigidità costituzionale. A tal proposito si rivela particolarmente illustrativa la seguente argomentazione di Habermas che riassume il nostro ragionamento con singolare chiarezza: “il legame interno tra sovranità popolare e diritti umani di cui ci stiamo interessando, consiste proprio nel fatto che i diritti umani stabiliscono le condizioni che permettono di istituzionalizzare legalmente le diverse forme di comunicazione necessarie per garantire un processo legislativo politicamente autonomo.

Non sono tanto condizioni restrittive quanto *abilitanti* alla sovranità popolare”<sup>87</sup>. Nel capitolo quarto tratteremo in profondità la possibile restrizione della discrezionalità del legislatore nel modello neocostituzionalista, ponendola in relazione con la potestà della corte costituzionale.

Per finire, analizzeremo i rischi di culto all’ordine giuridico vigente per essere espressione della costituzione, propugnato da alcuni settori del neocostituzionalismo ideologico. Alcuni autori difendono l’obbligatorietà dell’obbedienza al diritto nei sistemi che si adattano al modello neocostituzionalista (in questo senso si può considerare una variante moderna del positivismo ideologico del XIX secolo, tranne che per la ragione di obbedienza che propongono, che è più solida di quella della semplice promulgazione della legge). I testi costituzionali sono visti come generatori di consenso e di “patriottismo costituzionale” (secondo l’espressione di Habermas citata nel punto precedente), ma un eccesso di fiducia in essi per il semplice fatto di possedere quel rango può condurre agli stessi errori del positivismo. García Figueroa osserva in questo senso che “il diritto ha perso la propria relatività”, ma anche che “l’etica ha ceduto la propria oggettività”<sup>88</sup>, riferendosi a quella descritta nell’ordinamento giuridico, che può benissimo essere imperfetta. Per questo, il pensiero critico dei cittadini e dei giuristi è stato, è, e sarà imprescindibile per il progresso delle società e il miglioramento delle costituzioni.

All’interno di questo punto, possiamo dire che la democrazia è il contenuto irrinunciabile del costituzionalismo attuale, però una democrazia fedele al patto fondamentale che è la costituzione e limitata dall’indispensabile rispetto dei diritti di ogni cittadino, che deve aspirare a un costante progresso che va oltre le conquiste del presente. Non è lo stesso avere una costituzione democratica e giusta che godere dell’ordine giuridico frutto di una corretta interpretazione della stessa.

-----  
87. Habermas, J., *Derechos humanos y soberanía popular: la concepción liberal y republicana*, trad. di Jesús González Amuchastegui, in *Derechos y Libertades*, n° 3, Univ. Carlos III, Madrid 1994, pp. 229-230.

88. García Figueroa, *La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo*, op. cit., p. 160.

È vero che la pratica democratica si presenta come un surrogato del discorso orale, così come afferma Nino (aspetto che svilupperemo nel terzo capitolo), e non è assolutamente controversa l'affermazione secondo cui il percorso deciso dalla maggioranza ha un alto grado di probabilità di essere corretto, costituendo il punto su cui converge la razionalità della maggior parte della società, che coincide nel definirlo come buono. Il primo obiettivo della costituzione deve essere, pertanto, quello di generare le condizioni affinché il popolo partecipi in modo reale e quotidiano agli affari pubblici.

Tuttavia, la maggioranza può essere manipolata o cadere nell'iniquità, come ha già dimostrato la Storia. È per questo che, all'interno delle tesi neocostituzionaliste, si distingue tra democrazia formale e sostanziale, riferendosi quest'ultima all'impossibilità di decidere oltre certi limiti prima citati (limiti come i diritti fondamentali o i principi costituzionali già riferiti), e si insiste sulle tensioni che la democrazia suscita e sulle minacce che incombono su tale pratica, proponendo l'alternativa di una democrazia critica, deliberativa e partecipativa rispetto a una democrazia fossilizzata e vuota, allo scopo di ottenere tanto la massima partecipazione popolare dentro la legittimità come l'elusione del sopruso della maggioranza nei confronti dei diritti della minoranza partendo dalla base secondo cui, quanto migliore sia la qualità della democrazia, maggiori probabilità di giustizia avranno i loro accordi.

Nel discorso di Hare si osserva il pericolo di relativizzazione etica della legge che può tollerare la democrazia, perfino la democrazia che, sulla carta, si fonda sul neocostituzionalismo, affermando che "il regno dei fini non è un regno, in realtà, ma una democrazia con uguaglianza davanti alla legge laddove tutte le volontà ricevono la stessa considerazione in proporzione alla loro intensità"<sup>89</sup>. E, come già abbiamo segnalato, le conseguenze di ciò possono essere disastrose. Allo stesso modo in cui si affermano i precedenti freni, bisogna salvaguardare la libertà di coscienza nella misura del possibile, evitando al cittadino la traumatica circostanza di realizzare atti che, sebbene talvolta non siano oggettivamente ingiusti, tradiscono i suoi valori più intimi e sacri. Pertanto, in un sistema neocostituzionalista l'ingiustizia e l'abuso di potere sono possibili, e innanzi ad essi bisogna innalzare, oltre che le restrizioni sulle materie costituzionali indecidibili, strumenti come i metodi propri della democrazia deliberativa e partecipativa così come l'obiezione di coscienza (secondo la nostra opinione intrinsecamente legata al neocostituzionalismo), e perfino la disobbedienza civile così come esporremo nel secondo capitolo di questa tesi.

---

89. Hare, R. M., *Ordenando la ética*, trad. di J. Verges Gifra, Ariel, Barcelona 1999, p. 29.

## 2.4. Un potere giudiziario al servizio della vigenza e della protezione della costituzione

Come abbiamo segnalato varie volte nel presente capitolo, il ruolo dei giudici diventa fondamentale al momento di rendere effettivo il modello neocostituzionalista. Così, gli ordinamenti costituzionalizzati tendono a spostare il centro di gravità dal momento della creazione legale verso quello della aggiudicazione e, di conseguenza, a elevare il protagonismo giudiziario rispetto a quello del legislatore democratico. Dalla costituzione considerata principalmente come una lettera politica indirizzata al parlamento, si passa a considerarla come norma giuridica suprema e di applicazione diretta, indirizzata in sostanza, ai giudici, in particolare alla corte costituzionale<sup>90</sup>.

Nel modello neocostituzionalista la teoria dell'interpretazione normativa soffre una drastica mutazione in relazione al positivismo classico, poiché afferma il riconoscimento della discrezionalità giudiziale al momento di interpretare il diritto e limita i possibili eccessi di potere in cui può cadere il legislatore democratico nell'esercizio della sua funzione. Vediamo i suoi tratti essenziali:

a) Il *cambiamento dello schema che vincola il giudice alla legge*. La vecchia sottomissione del giudice alla legge è da intendersi adesso come vincolo alle leggi valide e costituzionalmente adeguate, dovendo valutare l'adeguatezza della legge alla costituzione e al caso concreto secondo il criterio di proporzionalità. Questo comporta che, in ambito europeo, alcuni ordinamenti, come quello spagnolo, permettano al giudice di sospendere l'applicazione della norma al caso che si sta risolvendo se si ritiene che questa possa risultare incostituzionale, e l'invio di tale questione alla corte costituzionale, che dovrà determinare se realmente i suoi sospetti siano fondati.

b) L'*incremento della ripercussione sociale degli interventi giudiziari*, derivato dalla pretesa di trasformare le manifestazioni di potere in *uno strumento per la realizzazione degli obiettivi costituzionali*, a conseguenza della quale la società reclama una risposta giudiziaria a ogni tipo di conflitto. La costituzione è applicabile al conflitto di due enti territoriali, ma anche, e con la stessa intensità, al caso del lavoratore che riceve un salario oggettivamente ingiusto e insufficiente. I processi costituzionali possiedono un "interesse pubblico, (...) poiché perseguono e garantiscono l'armonia, la pace e la giustizia sociale"<sup>91</sup>. Perfino il semplice *recurso de amparo* (ricorso di rifugio) spagnolo per la violazione di diritti fondamentali trascende nella sua

90. Santiago, A., *Sistema jurídico, teoría del Derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo*, p. 137.

91. Olano García, H. A., *Contribuciones al derecho procesal constitucional: Sus principios*, in *Universitas*, n° 112, Colombia 2006, p. 49.



importanza il semplice interesse del privato, poiché creerà una giurisprudenza costituzionale che sarà rispettata dai tribunali ordinari nel loro lavoro quotidiano. In questo modo “il giudice ha visto crescere l’incisività e la frequenza dei suoi interventi in spazi che erano rimasti generalmente immuni ad esse, e l’accentuarsi della densità politica delle stesse, per la dimensione politica dei soggetti toccati adesso dal *ius puniendi*”<sup>92</sup>.

c) Un incremento della complessità dei ragionamenti giuridici. La costituzione e i suoi principi generici occupano un ruolo capitale per mezzo della giurisdizione della corte costituzionale, ma anche del giudice ordinario, che deve realizzare la propria opera interpretativa coniugando legge e principi, in modo che il risultato del suo lavoro sia la soluzione più conforme alla norma fondamentale. Allo stesso modo, e come abbiamo già segnalato, questo giudice dovrà rimanere all’erta per rimettere alla corte costituzionale i casi in cui debba applicare una legge che, qualunque sia la sua interpretazione, risulti contraria alla costituzione.

Questo comporta necessariamente l’aumento della vigilanza su due aspetti: la capacità e l’indipendenza degli uomini che saranno giudici e la solvibilità dei loro ragionamenti.

In primo luogo, si devono raddoppiare gli sforzi per assicurare l’onestà e la saggezza di alcuni giudici con ampie competenze e un metodo per esercitarle dal rigore non pienamente verificabile. Così, autori come Vigo insistono sulle qualità che deve possedere ogni giudice per essere all’altezza della sua posizione e che a loro giudizio sono: indipendenza, imparzialità, conoscenza, giustizia, stabilità, onestà, decoro, segreto o confidenzialità, cortesia o affabilità, diligenza, trasparenza, coerenza o buona fede, autorità repubblicana e responsabilità<sup>93</sup>. Lo Stato deve vegliare per l’eccellenza della formazione dei suoi futuri giudici, mentre moltiplica i controlli destinati a garantire la loro indipendenza. Particolarmente delicato è lo *status* del giudice costituzionale, poiché logicamente la sua competenza è molto più importante di quella del giudice ordinario. Certamente la corte costituzionale deve godere di un’ampia competenza, poiché costituisce la principale garanzia contro gli eccessi del legislatore, però non si deve tralasciare che, come descriveremo nel capitolo quarto, la politicizzazione di alcuni giudici costituzionali nominati dal parlamento in gran parte degli Stati occidentali sia una minaccia più che tangibile. Allo stesso modo, permettere che la corte costituzionale si pronunci su materie di

---

92. Andrés Ibáñez, P., *¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo*, in *Doxa* 15-16, 1994, p. 878.

93. Vigo, R. L., *Del jurisdicismo y la aplicación mecánica de la norma legal, a la moralización del Derecho y la creación interpretativa*, in *Doxa*, 29, 2006, pp.282 e segg.

vitale importanza con una maggioranza semplice comporta il rischio che gli interessi personali di alcuni magistrati possano interferire nella corretta applicazione della costituzione.

Per questo consideriamo, e così lo esporremo in profondità nel capitolo quarto della nostra opera, che il giudice costituzionale debba essere tenuto in alta considerazione, debba vantarsi del fatto che possiede la razionalità e l'indipendenza necessarie per decidere su materie di straordinaria ripercussione esautorando le preferenze del legislatore, ma allo stesso tempo dobbiamo adottare delle misure tese a contribuire con la massima affidabilità alla realizzazione di ciò.

Successivamente discuteremo dell'applicazione delle tecniche come l'esigenza di una maggioranza rinforzata affinché la corte costituzionale prenda le proprie decisioni, o l'instaurazione di garanzie per massimizzare la loro indipendenza. Una decisione sulla quale coincidono, per esempio, i due terzi di alcuni magistrati "di élite" che non dipendono affatto dal governo, sembra avere la sufficiente consistenza per contraddire una decisione del parlamento se questa è contraria alla costituzione.

In secondo luogo, bisogna indagare sul rigore delle tecniche interpretative impiegate dai giudici, esigendo loro anzitutto chiarezza e coerenza. Si deve stabilire una teoria dell'argomentazione orientata a elaborare regole di razionalità per l'esercizio della ponderazione in sede giudiziaria. La percezione su questa teoria cambierà se chi la interpreta sono coloro che negano la discrezionalità giudiziale e affermano che il giudice ha solo un'opzione, già latente nella norma astratta, al momento di emettere una sentenza, o coloro che affermano che possiede un margine d'azione che gli permette di scegliere tra diverse alternative rimanendo in ogni momento fedele allo spirito della costituzione, cosa che li rende creatori del diritto e non meri applicatori meccanici.

Quest'ultimo aspetto è ciò a cui si riferisce Duverger, quando afferma che "i testi non regolano tutto: hanno molte lacune, non considerano tutti i problemi. Ebbene, i giudici devono sempre affermare il diritto quando gli si presenta una petizione con questo motivo; non possono rifugiarsi dietro il silenzio dei testi per rifiutarsi di giudicare. Pertanto, quando i testi non si pronunciano, i giudici sono obbligati ad elaborare loro stessi la soluzione giuridica facendo luce nelle tradizioni, nei lavori preparatori dei testi, nei principi generali del diritto. In tal modo la loro giurisprudenza partecipa alla creazione del diritto, vale a dire, nel prendere la decisione:

non solamente un'interpretazione"<sup>94</sup>. Però questa creazione, nell'esistere, dovrà essere come quella di un nuovo ramo che nasce dall'albero: dovrà essere fedele all'essenza della costituzione e sorgere sempre davanti a una decisione del legislatore che, nel portarsi a termine, contraddirebbe la norma fondamentale. Dedicheremo l'ultimo capitolo di questo lavoro a presentare questi aspetti.

Ad ogni modo, è indiscutibile che il nuovo modello di attività giudiziaria abbia contribuito al progresso del sistema giuridico, massimizzando gli ambiti di protezione esistenti e facendone nascere dei nuovi. Tra le sue conquiste possiamo distinguere le seguenti<sup>95</sup>:

- Si arriva a dare un carattere operativo ai diritti costituzionali e a quelli riconosciuti nei trattati internazionali, nello stesso tempo in cui si consolida il principio *pro homine* per scegliere le norme che concedano una maggior tutela e protezione ai diritti delle persone.

- All'interno di questa effettività dei diritti, si distingue l'aumento della tutela del diritto all'uguaglianza e lo sviluppo effettivo dei cosiddetti diritti sociali, collettivi e sessuali, finora chiaramente sottovalutati all'interno dell'ordinamento.

- Si approfondisce notevolmente l'obiettivo di dare vigenza effettiva alla costituzione, distinguendo l'ampio sviluppo della dottrina dall'incostituzionalità per omissione (vale a dire, la violazione della costituzione da parte del potere politico per il fatto di non prendere le misure necessarie a salvaguardare i diritti dei cittadini, specialmente i diritti sociali). Ricordiamo che la costituzione esige allo Stato non solo rispetto passivo, ma anche attivo (in forma di prestazioni) verso i diritti che afferma, e qualsiasi inadempienza della norma fondamentale proveniente dal potere deve essere passibile di ricorso davanti alla corte costituzionale.

- Si afferma l'effettiva obbligatorietà delle regole giurisprudenziali stabilite dai tribunali nazionali e internazionali nel caso di Paesi soggetti a trattati che li contemplino. La giurisprudenza costituzionale sperimenta una notevole flessibilità e diversificazione, cercando di adeguarsi a tutti i casi in cui possa essere applicata. Questo si manifesta nei diversi tipi di sentenza che possono emettere i corti costituzionali: dichiarazioni di incostituzionalità, tutela dei diritti fondamentali di carattere individuale violati, formule di raccomandazioni, delimitazione di termini per il miglioramento e l'adeguatezza alle esigenze costituzionali.

-----  
94. Duverger, M., *El control jurisdiccional de los gobernantes*, in *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, N° 319, Octubre de 2001, Santa Fe de Bogotá, p. 158.

95. Santiago, A., *Sistema jurídico, teoría del Derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 145.

Queste misure permettono la coordinazione delle funzioni dei corti costituzionali con quelle di altri poteri. Si tratta delle cosiddette sentenze additive ed esortative che analizzeremo nel capitolo 3 riferendoci alla giurisprudenza italiana.

## **CAPITOLO II. MORALE E DIRITTO: UNA VISIONE NEOCOSTITUZIONALISTA**

### **1. L'influenza della morale nel diritto e le sue conseguenze**

Un problema inerente alla giustificazione del diritto è quello di determinare quale deve essere il suo fondamento ultimo. Qui si propone la classica dicotomia tra un relativismo (difficilmente assoluto ai tempi attuali) che accetta come diritto valido qualsiasi prodotto normativo sorto dal potere legislativo e le tesi, non necessariamente giusnaturalistiche, che ricorrono al contenuto della norma per determinare la loro validità, respingendola se contraddice delle nozioni di giustizia che generalmente coincidono con il rispetto della dignità umana. Dalla prospettiva del neocostituzionalismo, determinare quale debba essere la relazione tra morale e diritto, così come i fondamenti di questa morale giuridica, diventa essenziale, poiché tale relazione costituisce uno dei tratti basilari di questo fenomeno.

#### **1.1. Separazione tra diritto e morale: il positivismo giuridico**

##### **1.1.1. Il positivismo e la sua evoluzione come dottrina**

La prima delle posizioni precedenti è tradizionalmente ascritta al positivismo. Il positivismo si costruisce, per identificare l'origine del contenuto del diritto, su due tesi fondamentali: quella delle fonti sociali e quella della fallibilità morale<sup>1</sup>. La prima parte dalla base secondo cui il diritto è un'opera sociale e pertanto prende origine dalle fonti sociali, per cui non si ispira alla morale, ma alla realtà sociale. La seconda accetta che, come opera umana, il diritto può essere incorretto dalla prospettiva della morale perfetta (qualora esista), ma non per questo smette di essere valido.

Il rifiuto di ogni relazione necessaria tra morale e diritto è evidente tra gli autori positivisti. Essi potranno divergere tra loro sugli aspetti metodologici, relativi alle tecniche e agli strumenti più idonei per interpretare e applicare il diritto, essendo gli uni più proclivi degli altri alle proposte neocostituzionalistiche in questo senso. Però tutti coincideranno nel respingere il fondamento materiale della norma giuridica su criteri morali.

Per il positivismo non esiste differenza tra vigore e validità del diritto tra una prospettiva morale, poiché il fatto stesso che la norma sia in vigore la rende automaticamente valida,

-----  
1. García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998, p. 261.

indipendentemente dalla giustizia del suo contenuto. Al massimo, il positivista potrà ammettere che la norma venga annullata, se contraddice un precetto di diritto positivo gerarchicamente superiore alla stessa. Riassumendo la sua prospettiva “nella coscienza giuridica il diritto vale perché è posto e per nessun’altra ragione, perché sia giusto o antico”<sup>2</sup>. Il diritto è perché lo Stato ha deciso che sia, e sarà come lo Stato disponga, che sia legiferando o riconoscendo norme consuetudinarie.

In questo senso vale la pena ricordare la definizione del positivismo formulata da Bobbio<sup>3</sup>. Secondo questo autore, il positivismo giuridico è: a) un approccio epistemologico totalmente avalutativo dello studio del diritto, b) una teoria del diritto nata dal precedente postulato e c) un’ideologia sul diritto che gli conferisce valore per il semplice fatto di esistere.

La definizione di Bobbio include i classici dogmi del positivismo: il diritto si riconosce per il suo carattere coercitivo, sono fonti del diritto quelle previste dall’ordinamento, il diritto positivo deve essere osservato perché proviene dalla volontà maggioritaria e deve essere garanzia di ordine e di sicurezza giuridica, l’ordinamento è completo, i giudici devono realizzare un mero lavoro deduttivo al momento di interpretare il diritto. Sulla stessa linea, anche Zagrebelsky definisce il positivismo “a partire da tre punti: riduzione del mondo del diritto a ciò che la legge dispone; comprensione dell’attività del giurista esclusivamente al servizio della legge; mancanza di valore autonomo di una scienza del diritto concepita secondo il positivismo”<sup>4</sup>.

Seguendo la scia delle precedenti descrizioni, ma cercando di adattare alla realtà giuridica attuale, Hoerster enuncia le sue cinque tesi del positivismo, di cui solo la seconda e la quarta costituiscono i pilastri del positivismo in tutte le sue accezioni: “1) La *tesi della legge*: il concetto di diritto deve essere definito attraverso il concetto della legge. 2) La *tesi della neutralità*: il concetto di diritto deve essere definito a prescindere dal suo contenuto. 3) La *tesi della sussunzione*: l’applicazione del diritto può realizzarsi in tutti i casi mediante una sussunzione libera da valutazioni. 4) La *tesi del soggettivismo*: i criteri del diritto giusto sono di natura soggettiva. 5) La *tesi del legalismo*: le norme del diritto devono essere obbedite in tutte le circostanze”<sup>5</sup>.

-----  
2. De Otto, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona 1993, p. 17.

3. Bobbio, N., *El positivismo jurídico, Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el profesor Nello Mora*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Madrid, Debate, 1993, pp. 141-143.

4. Ansuátegui Roig, F. J., *¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli*, in *Derechos y Libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año nº 1, Nº 2, 1993-1994, pp. 113-152.

5. Hoerster, N., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Col. Estudios Alemanes, Barcelona 1992. p. 15.

Oggi molte delle massime del positivismo classico sono state superate dall'avanzamento della realtà giuridica. Il legalismo è stato seppellito dalle nuove costituzioni stracolme di principi che, come abbiamo visto nei paragrafi precedenti di quest'opera, estendono il loro effetto a ogni ordinamento. Questi principi raccolgono valori morali che sono fondamentalmente condivisi dalla maggioranza dei testi costituzionali. La Costituzione greca afferma "il rispetto e la protezione della persona umana" (art. 2, Costituzione greca), allo stesso modo quella portoghese si fonda sulla "dignità della persona umana" (art. 1) e quella belga riconosce il diritto ad avere una vita "conforme alla dignità umana" (art. 23).

Tale chiarezza distrugge completamente la classica massima positivista della supremazia della legge subordinandola ai principi e minaccia di esautorare la tesi della separazione tra il diritto e la morale, specialmente se prendiamo in considerazione la coincidenza nelle costituzioni occidentali, da quella venezuelana a quella francese (e della stessa Dichiarazione Universale dei Diritti Umani) su ciò che è relativo ai valori che le fondano (questo indipendentemente dal grado di promozione reale di questi valori attraverso misure legislative specifiche in ogni ordinamento), un chiaro segnale dell'esistenza di una stessa giustizia sovrapositiva che le ispira. Inoltre, autori come Baldassare Pastore sostengono che i diritti umani, pilastro fondamentale delle costituzioni occidentali, espandono il loro riconoscimento e la loro vigenza al di là dell'Europa e dell'America, sebbene con determinati particolarismi e talvolta carenze (neanche assenti dentro le nostre frontiere) che tuttavia non eclissano lo spirito comune che li ispira. L'autore sostiene che i diritti umani "hanno radice in molte culture e possono essere compresi, quindi, anche nella prospettiva di altre culture. Le culture, peraltro, possono possedere il concetto dei diritti, senza avere le parole con le quali esprimerlo. Non va confuso ciò che i diritti umani rappresentano con il modo di formularlo"<sup>6</sup>.

Lo stesso Hoerster riconosce, come dicevamo tre paragrafi fa, che solo la seconda e la quarta tesi della sua spiegazione sul positivismo sono inerenti allo stesso, accettando il valore dei principi, ma mantenendo l'irrilevanza del contenuto del diritto al momento di definirlo come tale (questo contenuto dipenderà da ciò che dispongano i principi, e non dai valori sovrapositivi) e sostenendo che i criteri del diritto giusto sono soggettivi.

Questa nuova situazione genera la nascita del positivismo inclusivo che accetta l'esistenza (e l'importanza) dei principi costituzionali al momento di ispirare l'interpretazione delle regole, ma solo perché questi principi fanno parte del diritto all'essersi positivizzato. Questi positivisti,

---

6. Pastore, B., *Universalismo contestuale in Diritti umani: trasformazioni e reazione*, a cura di Vida, S., Bononia University Press, Bologna 2008, pp. 28-29.

la cui tesi coincide con quello che Alexy denomina “tesi della separabilità” tra diritto e morale<sup>7</sup>, non menzioneranno mai il contenuto morale dei principi per giustificare il diritto, ma ammetteranno soltanto l’esistenza dei valori morali nella costituzione se questa effettivamente li contiene nel testo, partendo dalla base che questi principi non devono perché essere giusti<sup>8</sup>.

Altri difensori del positivismo ammettono anche che la morale può condizionare l’azione dei dipendenti pubblici incitandoli a prendere determinate decisioni che considerino giuste, sempre e quando non superino il margine d’azione che offre loro la legge<sup>9</sup>. Però tutti concordano con il fatto che il diritto e la morale non debbano essere necessariamente legati, rifiutando radicalmente questo legame nel caso del positivismo classico e ammettendolo solo quando il diritto decida di attenersi alla morale attraverso le norme di validità nella prospettiva del positivismo inclusivo. Anzi, nell’attualità, e così come vedremo nel capitolo quarto, diversi autori positivisti cercano di minimizzare l’influenza dei principi nell’applicazione della legge promuovendo dei criteri interpretativi letteralistici, attaccati al testo della legge, per cui le reminiscenze del legalismo continuano a condizionare il positivismo perfino metodologicamente.

È inerente al positivismo, di conseguenza, identificare la funzione della scienza giuridica con un’asettica “descrizione” del diritto, completamente lontana da qualsiasi valutazione morale sovrappositiva e da ogni preoccupazione per il contenuto dello stesso. Di fronte ai comprensibili dubbi che genera la sua neutralità riguardo ad argomenti così essenzialmente importanti per il buon funzionamento della società come i principi ispiratori del diritto, il positivismo si avvale del suo presunto rigore al momento di trattare la norma giuridica per giustificare la sua posizione giusfilosofica. Attenendosi alle norme, ai procedimenti, ai principi e alle tecniche giuridico-positive, nessuno può accusare i positivisti (affermano i loro difensori), di avere una visione errata su ciò che è il diritto, poiché consacrano a oggetto del loro studio quello che indiscutibilmente può considerarsi come tale. In questo modo si garantisce un rigoroso carattere scientifico allo studio del diritto e si ottiene una salda sicurezza riguardo a ciò che deve o non deve essere trattato dalla scienza giuridica, incentrando tutti gli sforzi sull’analisi del diritto reale. Così si riesce a costruire un sistema logico volto a comprendere, a studiare e ad applicare il diritto.

-----  
7. Secondo l’autore è “la versione più debole del positivismo giuridico. Afferma semplicemente che è possibile attribuire qualsiasi contenuto al diritto, indipendentemente da qualsiasi esigenza di giustizia. Con ciò non si esclude la possibilità che il diritto positivo di una determinata comunità contenga principi morali che eventualmente trasformino i diritti umani in diritto positivo mediante disposizioni costituzionali” (Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada 2010, p. 16).

8. Si può vedere la critica che Dworkin fa a questa variante del positivismo, riflessa nel discorso di Coleman, in Dworkin, R., *La justicia con toga*, pp. 207 e segg.)

9. Parleremmo in dettaglio della discrezionalità giudiziale e dei suoi limiti nell’ultimo capitolo di questa tesi.



La tesi positivista sarebbe valida se il diritto fosse un sistema di regole matematiche senza nessun'altra vocazione che quella di stupire il mondo con la sua perfezione logica. Però la sua finalità è un'altra: ottenere una convivenza giusta tra cittadini<sup>10</sup> e servire alla felicità, alla prosperità e innanzitutto alla dignità di tutti e di ognuno di loro. Affermare che un diritto con qualsiasi contenuto è ugualmente valido è come chiamare medicina qualsiasi scienza che si basa sull'uso di prodotti chimici per influire sulla salute dell'essere umano, anche se aspira a peggiorarla anziché migliorarla. I due pilastri di ogni norma giuridica sono, come già abbiamo detto, la sua nascita conforme al procedimento previsto dalla costituzione e la sua fedeltà alla dignità della persona. L'assenza di uno qualsiasi dei due priva tale norma di ogni validità, in modo che, nel caso di norme radicalmente ingiuste, possa equipararsi agli ordini di un sequestratore verso i suoi ostaggi.

Già agli albori della scienza giuridica si accettava questa inerente connessione della norma giuridica con una fonte sostanziale capace di riempirla di un contenuto adeguato tale da farle compiere la sua funzione vitale, prova di ciò è l'universale definizione del diritto fatta da Celso, il quale lo descrive come *Ars boni et aequi*. Così come la medicina non cerca regole che sorprendano per la sua complessità e perfezione logica, ma che siano capaci di curare, il diritto deve fondarsi sulla ricerca di norme adeguate per proteggere e promuovere i beni per la cui salvaguardia è stato creato.

E il giurista, come studioso e interprete di ciò che è giuridico, non può essere estraneo a questa funzione essenziale. Ammettere che il contenuto del diritto è irrilevante per la sua validità equivale a disarmare giuristi e cittadini davanti a norme assolutamente atroci, così come a dilapidare il potenziale degli studiosi del diritto che potrebbe essere impiegato in un obiettivo tanto essenziale come quello di perseguire l'adeguatezza del suo contenuto al bene comune e annullare una potenza critica imprescindibile per il progresso di qualsiasi nazione.

Poiché proprio la dichiarazione di una norma o un ordinamento come antiggiuridici per la loro estrema ingiustizia, quella convinzione del fatto che non esista dovere di obbedirli (anche se il diritto vigente non prevede le figure di disobbedienza civile, l'obiezione di coscienza o il diritto di resistenza) è una potentissima fonte di forza morale e di legittimazione sociale che la cittadinanza esige per ribellarsi contro di loro, una fonte di cui hanno bisogno anche le istituzioni (soprattutto i giudici) per combatterli dal loro stesso livello, così come per creare

---

10. In questo senso useremo il termine "cittadino" in relazione ai diritti fondamentali con un senso più ampio di quello di cittadinanza formale, in accordo con il concetto di "cittadinanza dei diritti" che estende il riconoscimento di questi diritti (eccetto quelli di partecipazione politica) a tutte le persone che si trovano oltre le frontiere di uno Stato, anche se non sono cittadini *stricto sensu*.

figure giuridiche che permettano al cittadino di opporsi esattamente alla norma ingiusta all'interno dell'ordine democratico. Elevare questi criteri di moralità dalla convinzione personale a una ragione sufficientemente rigida e oggettiva in modo tale da essere definita giuridica è un passaggio essenziale per la sua salvaguardia. Come sostiene Alexy, “per il non positivismo, il caso dell'estrema ingiustizia non si concepisce unicamente come un caso di conflitto tra il diritto valido e la morale, ma come un esempio dei limiti del diritto”<sup>11</sup>.

Sicuramente alcuni difensori del positivismo come Hoerster<sup>12</sup> affermano che, moralmente (mai da una prospettiva giuridica se non si positivizza previamente), il diritto può essere disobbedito, se esiste una ragione morale di maggior peso che la semplice obbedienza alle norme stabilite. Questa teoria si inserisce all'interno di ciò che Alexy denomina “positivismo neutrale” che, a differenza del “positivismo morale”, non sostiene un obbligo morale generale di obbedienza al diritto<sup>13</sup>.

Il problema è che, persino questo settore positivista, continua a negare completamente la ripercussione dell'ingiustizia del diritto nell'ambito della sua validità, considerandola competenza dei filosofi morali, cosa che lega le mani ai giuristi al momento di costruire dei mezzi che permettano di far fronte alle norme giuridiche ingiuste, (come quelle sopra citate), e che continua a disprezzare e a escludere dalle funzioni dello studioso del diritto i validissimi lavori citati nel paragrafo precedente.

### **1.1.2. Confutazione della tesi positivista nel Diritto Costituzionale positivo**

La tesi contraria al positivismo, qui sostenuta, non costituisce nessun delirio giusnaturalistico, ma possiede un riflesso costituzionale dagli stessi inizi del costituzionalismo attraverso le dichiarazioni dei diritti nordamericane e francesi, dove si positivizza il diritto individuale e collettivo della cittadinanza per combattere l'ordine che contraddica i valori di giustizia e di democrazia su cui si regge la loro convivenza. Il riconoscimento di questo diritto implica inesorabilmente quello di una fonte di legittimità giuridica, (i valori menzionati), al di là del diritto positivo, poiché se i valori morali si considerassero giuridicamente vigenti solo nella misura della sua positivizzazione non avrebbe senso attenersi a essi come motivo per resistere una volta che siano stati eliminati dall'ordinamento e, di conseguenza, privati di validità.

---

11. Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, op. cit., p. 23.

12. Hoerster, N., *En defensa del positivismo jurídico*, op. cit, pp. 263-268.

13. Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, op.cit., p. 23.

Nella Dichiarazione dei Diritti del Buon Popolo della Virginia (1776) possiamo trovare un'incontestabile affermazione del diritto di resistenza collettivo, vale a dire, esercitato da una maggioranza sociale<sup>14</sup>. Particolarmente rivelatrice è la Dichiarazione del Maryland (1776), quando afferma: "La dottrina della non resistenza al potere arbitrario e all'oppressione è assurda, propria degli schiavi e nociva per il bene e la felicità degli esseri umani". Anche nella Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti (1776) troviamo una chiara allusione al diritto di resistenza<sup>15</sup>. Indipendentemente dal carattere eminentemente dichiarativo di questi testi e dal fatto che evidentemente non possono collocarsi al livello giuridico della costituzione alla quale hanno dato luogo, non bisogna ignorare che entrambi rispecchiano le fondamenta giuridiche e politiche su cui si costruirono gli Stati Uniti.

Allo stesso modo, la Dichiarazione francese dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 stabilisce come diritto naturale "la resistenza all'oppressione". La nuova Dichiarazione del 1793 sviluppa questo diritto nel suo art. 33, il quale afferma che "la resistenza all'oppressione è la conseguenza degli altri diritti dell'uomo", e nell'art. 35, secondo il quale "quando un Governo viola i diritti del popolo, l'insurrezione è per questo e per ognuna delle sue parti il più sacro dei diritti e il più indispensabile degli obblighi". In questo caso il Consiglio Costituzionale francese considera vigente tale diritto ritenendo che l'allusione del preambolo dell'attuale Costituzione alla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino gli conferisce rango costituzionale.

Più recentemente, in costituzioni come quella tedesca, è stato riconosciuto un diritto di resistenza individuale, a ogni cittadino, ritenendo che la violazione dei diritti fondamentali e la democrazia per il potere, che dovrebbe proteggerli genera la facoltà individuale e inalienabile in ognuna delle sue vittime di combattere per la propria dignità e per quella del loro popolo. Così, l'art. 20.4 di tale Costituzione riconosce a tutti i tedeschi "il diritto di resistenza contro chiunque cerchi di sconvolgere l'ordine costituzionale, qualora non fosse possibile un altro rimedio". Il triste ricordo del nazismo ha condotto questa nazione a riconoscere nella sua massima norma

-----  
14. In essa viene sostenuto "che il Governo è istituito, o dovrebbe esserlo, per il beneficio comune, per la protezione e la sicurezza del popolo, della nazione o della comunità (...); e che quando un Governo risulta inadeguato o è contrario a questi propositi (libertà e felicità del popolo), una maggioranza della comunità ha il diritto indiscutibile, innegabile e irrevocabile di riformarlo, di alterarlo o di abolirlo, in modo da assoggettarlo più vantaggiosamente al bene pubblico".

15. "Consideriamo come evidenti, di per sé, queste verità: che tutti gli uomini sono creati uguali; che sono dotati dal loro creatore di alcuni diritti inalienabili; tra i quali si trovano la vita, la libertà e la ricerca della felicità; che per garantire questi diritti si istituiscono tra gli uomini i governi, che derivano i loro poteri legittimi dal consenso dei governatori; che qualora una forma di governo diventi distruttrice di questi principi, il popolo ha il diritto di modificarla o di abolirla, e di istituire un nuovo governo che si fonda su tali principi (...). La prudenza, è chiaro, insegna che non bisogna cambiare per motivi lievi e transitori governi stabiliti anticamente (...). Però quando una lunga serie di abusi e di usurpazioni, diretta costantemente allo stesso obiettivo, dimostra l'intenzione di sottomettere il popolo a un dispotismo assoluto, si ha il diritto, si ha il dovere, di rovesciare tale governo e di stabilire nuove garanzie per la sua futura sicurezza".

il diritto di ogni tedesco a combattere contro tutto quello che, avvalendosi o meno della democrazia come a suo tempo fece Hitler, cerchi di distruggere il sistema di valori che il popolo ha deciso di darsi. La Corte Costituzionale tedesca ha trattato questo diritto nella sentenza del 17 agosto del 1986, chiarendo che questo diritto si potrà esercitare soltanto in situazioni di emergenza, con il fine di conservare l'ordinamento, e sempre come ultimo ricorso "quando l'ordinamento esistente non offre più alcuna possibilità di dare una soluzione all'ingiustizia"<sup>16</sup>.

Allo stesso modo, la Costituzione portoghese legittima, nel suo art. 21 "tutti i cittadini" a combattere qualsiasi ordine che attenti ai diritti, alle libertà, e alle garanzie del popolo quando non sia possibile avvalersi dell'autorità pubblica. Vediamo così l'autorità come uno strumento per salvaguardare questi valori, un lavoro da cui nasce la sua legittimità, e il cui abbandono priverà di ogni validità la sua produzione normativa abilitando il cittadino mediante un diritto strettamente giuridico a combatterla e a restaurare i propri diritti e le proprie libertà. Simili dichiarazioni possiamo vederle nell'articolo 39 della Costituzione messicana<sup>17</sup> e nell'articolo 36 della Costituzione argentina<sup>18</sup>.

Tralasciando il diritto di resistenza, un altro esempio dell'origine sovrapositiva delle fonti materiali del diritto e della loro importanza per il buon funzionamento della società è l'art. 10 della Costituzione spagnola che definisce i valori costituzionali come fondamenta della "pace sociale". Questa espressione conferma che non ogni possibile contenuto del diritto è ugualmente valido per assicurare l'ordine politico, ma che solo quello conforme ad alcuni principi essenziali di giustizia godrà della legittimità che lo porterà ad essere accettato e obbedito dalla stragrande maggioranza dei cittadini, raggiungendo così la concordia e la pace nello Stato<sup>19</sup>. Inoltre, anche se la Costituzione spagnola non stabilisce limiti materiali per la sua riforma, alcuni autori

-----  
16. Questa sentenza è commentata in Mirete Navarro, J.L., *Derecho de resistencia y constituciones*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 16, 1999, p. 279.

17. Questo precetto stabilisce che: "Il popolo ha in ogni tempo l'inalienabile diritto di alterare o di modificare la forma del suo governo". Quando gli venga imposto un sistema di governo contro la sua volontà il popolo conserva in ogni momento la facoltà di combatterlo.

18. Tale articolo dispone che: "Tutti i cittadini hanno il diritto di resistenza contro coloro che realizzassero gli atti di forza enunciati in questo articolo" che sono quelli diretti a sovvertire "l'ordine istituzionale e il sistema democratico". Nello stesso articolo si stabilisce che la Costituzione continuerà ad essere vigente anche se tali atti riuscissero a interrompere la sua effettiva osservanza, quindi si considera che i valori costituzionali e la volontà popolare hanno la legittimità per privare di validità giuridica gli ipotetici atti normativi delle nuove autorità nazionali, che da una prospettiva meramente positivista sarebbero le autentiche generatrici del diritto occupando gli organi di potere e di produzione legislativa.

19. Fernández Segado afferma che "vedendo questo precetto si può affermare già che la Costituzione ha evitato la caduta nel riduzionismo del positivismo statalista (...). Di conseguenza, per la nostra Costituzione, l'ordinamento giuridico non si legittima *per se*, perché proviene dallo Stato e si attiene agli iter procedurali di elaborazione e formulazione formalmente enunciati dalla stessa costituzione; ma al contrario, l'ordinamento si offre come lo strumento per la realizzazione dei fini che la Norma suprema enuncia come valori. In questo modo viene stabilita un'intima connessione tra ordinamento e valori, con quello che esso implica in fatto di riconoscimento della dimensione assiologica del diritto." (Fernández Segado, F., *La teoría jurídica de los derechos*

affermano che essi sono implicitamente presenti<sup>20</sup>.

Concentriamoci adesso sull'inderogabilità dei principi costituzionali basilari, che si identificano con i diritti fondamentali della persona, come un'altra delle più contundenti prove del riconoscimento nel diritto positivo di un contenuto materiale che necessariamente deve ispirarlo per dotarlo di validità e che non può mai essere escluso mediante una riforma della costituzione.

Dopo il precedente accenno al Diritto spagnolo, dobbiamo segnalare che in ambito italiano la reiterata dottrina include i diritti fondamentali in un contenuto sacro che non può essere oggetto di riforma costituzionale. Così, Grossi associa la salvaguardia dei diritti fondamentali con il "significato primario" delle dichiarazioni di inviolabilità contenute nella Costituzione. E li identifica con gli articoli 13, 14, 15 e 24 e con altri nella misura in cui siano a essi relazionati<sup>21</sup>. Altri autori posseggono anche una prospettiva più ampia e affermano che è presente "lo stesso grado di protezione costituzionale" in altri diritti in cui non viene esplicitamente menzionato<sup>22</sup>. Tutto ciò trova appoggio su una corretta interpretazione della Decisione 1146/1988 della Corte Costituzionale italiana che impone la forma repubblicana dello Stato come limite alla riforma costituzionale, ma anche quei principi che senza essere espressamente immodificabili appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana, e tra i quali ovviamente si trovano questi diritti fondamentali. Tale Decisione afferma che "la Costituzione italiana contiene alcuni principi fondamentali che non possono essere attaccati o modificati nel loro contenuto essenziale, neanche attraverso leggi di riforma costituzionale o

-----  
*fundamentales en la doctrina constitucional*, in *Revista española de Derecho constitucional*, Año nº 13, Nº 39, 1993, pp. 199 e 200.

20. Come sostiene Solozabal "indipendentemente dai problemi di interpretazione che il testo della nostra Costituzione può prospettare per accettare questa posizione, intendendo correttamente la portata del provvedimento della revisione totale della Costituzione che fa l'articolo 168 o della riforma che colpisce i diritti fondamentali, rendendola compatibile con la condizione degli stessi come inviolabili che gli si attribuisce nell'articolo 10, quello che stiamo sostenendo è che ci sono limiti impliciti alla riforma della Costituzione, e, tra loro, evidentemente quelli che preservano la posizione dei diritti fondamentali. Noi attribuiamo al potere costituente costituito un intervento limitato alla conservazione, mediante la riforma, della Costituzione, differenziata radicalmente dall'attuazione fondante e giuridicamente sovrana del potere costituente originario in modo che la dipendenza dal potere costituente costituito rispetto all'originario non sia solo temporanea o procedurale. L'attuazione del potere costituente costituito è ovviamente successiva e portata a termine esclusivamente dagli organi e dal procedimento stabiliti nella Costituzione, e subordinata logicamente e materialmente alla stessa, in modo che non possa proporsi altro che gli obiettivi che le sono propri, senza che possa abordare un intervento fondante o assolutamente rettificatore della Costituzione, poiché sicuramente una cosa è riformare la Costituzione e un'altra, ben diversa, è procedere alla sua distruzione" (Solozábal Echavarría, J. J., *Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales*, in *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº4, 2001, pp. 108-109).

21. Grossi, P. F., *Introduzione a un studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova 1972, p. 78. Anche Guastini riconosce dei limiti impliciti alla riforma costituzionale derivati dalla "forma repubblicana" (...) o dalla dichiarazione di certi diritti come inviolabili, il che può intendersi come un rifiuto totale alla sua violazione, perfino dalla riforma costituzionale (Guastini, R. *Estudios sobre las interpretaciones jurídicas*, UNAM, Mexico 1999, p. 92).

22. Mortati, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova 1976, vol. 2, p. 1039.

altre leggi costituzionali”. La Carta europea dei Diritti Umani recita: “l’Unione è fondata sui valori indivisibili e universali della dignità umana, la libertà, l’uguaglianza e la solidarietà”.

In Cile, il potere della riforma costituzionale si trova limitato non solo dai procedimenti previsti per quello nella Carta Fondamentale (diversi dal procedimento legislativo ordinario) per approvare una riforma costituzionale e dal *quorum* qualificato con cui tali riforme devono essere approvate, ma esiste un limite materiale o sostanziale, che è l’intangibilità dei diritti già assicurati, i quali costituiscono dei limiti alla sovranità statale, secondo l’articolo 5, comma 2, della Costituzione. La giurisprudenza costituzionale cilena sviluppa questo criterio rilevando l’essenzialità e il carattere sovrapositivo dei diritti fondamentali in sentenze come la 46/1987, dove si può leggere che “i diritti fondamentali della persona umana sono precedenti e superiori allo Stato e alla Costituzione, ragion per cui questa non li crea, ma li riconosce e li protegge”.

In Germania, l’articolo 79.3 della Costituzione proibisce ogni riforma costituzionale che interessi i diritti fondamentali derivati dalla dignità della persona e citati nell’articolo 1. La *Bonner Grundgesetz* concepisce i diritti fondamentali nel secondo paragrafo dell’art. 1 come il “fondamento di ogni comunità umana”<sup>23</sup>.

L’articolo 110.1 della Costituzione greca impedisce di riformarla in ciò che è relativo ai diritti per il libero sviluppo della personalità e la libertà personale, l’uguaglianza di fronte alla legge, la libertà di coscienza religiosa senza discriminazione derivata dalla stessa e il rispetto del valore della persona umana come principale obbligo della Repubblica.

Infine, e per concludere questa catena di esempi che non pretende di essere esaustiva, ma puramente illustrativa, menzioneremo l’art. 288 della Costituzione portoghese che proibisce la riforma costituzionale che intacchi i diritti e le libertà dei cittadini. È per tutto ciò che, ammettendo le differenze legittime che possano esistere tra i diversi ordinamenti derivati dalle decisioni politiche che ogni popolo decida di prendere, consideriamo, basandoci sulla filosofia

-----  
23. A livello giurisprudenziale, la Corte Costituzionale tedesca ha sottolineato nella sua sentenza del 15 gennaio del 1958 il valore oggettivo dei diritti fondamentali nel seguente modo: “la funzione primordiale dei Diritti Fondamentali è, senza dubbio, quella di proteggere la sfera della libertà dell’individuo contro l’intrusione del potere pubblico. Questo è conseguenza dell’evoluzione storica dell’idea dei Diritti Fondamentali, come pure degli eventi storici, cosa che si è tradotta nell’incorporazione dei Diritti Fondamentali alle costituzioni dei diversi Stati”. In questo senso, Quintín Villacorta pone in evidenza che la Corte “ebbe allo stesso tempo la particolare volontà di lasciare sufficientemente chiaro che con questa idea non finiva il contenuto giuridico costitutivo dei Diritti Fondamentali. Per questo, la stessa sentenza del 15 gennaio del 1958, afferma anche che la Legge Fondamentale non costituisce un ordine “assiologicamente neutro”, ma un vero ordine oggettivo - materiale di valori fondamentali la cui chiave di volta è la dignità intangibile dell’essere umano”. (Villacorta Mancebo, L. Q., “Aspectos de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales” (I) UNED. *Revista de Derecho Político* N.os 71-72, enero-agosto 2008, p. 649).

giuridica, ma anche sullo spirito di tantissime costituzioni, che la tesi positivista della separazione tra diritto e morale (o meglio di relazione contingente tra il d e le norme morali, siano quelle che siano, che ogni costituzione decide di positivizzare) è difficilmente ammissibile.

Così, il diritto, per poter esigere obbedienza, deve previamente trovarsi nella condizione di meritarsela attraverso la sua fedeltà alla costituzione, riguardo al procedimento di creazione della legge e determinazione del suo contenuto. Usando le parole di Ferrajoli, “la validità non è più un dogma associato alla mera esistenza formale della legge, ma una qualità contingente di questa legata alla coerenza dei suoi significati con la costituzione, che rimanda alla valutazione del giudice”<sup>24</sup>. Però questa giustificazione materiale deve attenersi, nel caso più estremo, a una connessione con una morale di base che oggi si coglie (almeno potenzialmente) nella maggioranza delle costituzioni occidentali, ma che innanzitutto deve essere valutata dalla stessa giustizia, al di là della sua positivizzazione nei testi costituzionali.

## **1.2. Una visione della relazione tra diritto e morale partendo dalle tesi di Carlos S. Nino, Robert Alexy e Ronald Dworkin**

Nelle seguenti righe vogliamo esporre un modello neocostituzionalista di relazione tra diritto e morale accettabile dalle nostre società, un modello adeguato a mantenere i livelli di giustizia che oggi si sono raggiunti e a garantire che si continui ad approfondire la vocazione di servire alla dignità umana e di conseguire il progresso collettivo. Questioni come le ragioni per le quali il diritto deve possedere un’ispirazione morale, il grado di influenza dei principi morali nella creazione e nell’applicazione della norma giuridica, il rispetto all’autonomia del legislatore, sono dilemmi essenziali in questa materia che analizzeremo alla luce delle teorie dei tre più grandi filosofi del diritto ed esponenti del neocostituzionalismo: Nino, Alexy e Dworkin.

### **1.2.1. Carlos S. Nino e la radice morale del diritto**

Nino analizza la relazione tra morale e diritto basandola su tre argomenti: concettuale, giustificatorio e interpretativo<sup>25</sup>. In questo modo, utilizzando una doppia analisi teorica (corrispondente ai primi due argomenti) e pratica (il terzo si riferisce alla dinamica dell’interpretazione del diritto), vuole dimostrare l’inesorabile connessione tra diritto e morale.

-----  
24. Ferrajoli, L., *Jurisdicción y democracia*, in *Jueces para la democracia*, n° 29, 1997, p. 4.

25. Bongiovanni, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma - Bari 2005, pp. 77 e segg.

Iniziamo analizzando il primo argomento. Da un punto di vista concettuale, il nostro autore sostiene che il diritto debba definirsi da una posizione convenzionalista<sup>26</sup> che implica il riconoscimento di una pluralità di concetti di diritto. Per Nino non è possibile considerare i concetti come elementi predeterminati secondo l'essenzialismo concettuale, secondo il quale "esistono concetti o definizioni veri o falsi, a seconda di come riflettono una determinata realtà che trascende le proprietà empiriche presentate dagli oggetti che ricadono sotto l'uno o l'altro concetto"<sup>27</sup>, bensì questi sono chiaramente frutto della creazione umana, raggruppati convenzionalmente "sulla base di certe proprietà comuni, che sono selezionate in relazione a necessità di comprensione e di comunicazione"<sup>28</sup>.

L'assunzione di questa tesi comporta l'apertura della scienza giuridica a una molteplicità di concetti e di definizioni del diritto e degli elementi che lo plasmano. Premessa essenziale al momento di elaborarli sarà la finalità che gli si attribuisca all'interno degli obiettivi generali che definiscono il contesto del discorso giuridico in questione. Dipendendo dalla prospettiva prescelta, incentrata su l'una o l'altra caratteristica del diritto, dipenderà il risultato dell'analisi. Partendo da questa base, Nino classifica i concetti di diritto esistenti in descrittivi, normativi e misti<sup>29</sup>.

- I concetti giuridici descrittivi definiscono il diritto secondo le sue proprietà fattuali. Questi concetti si riferiscono ad ambiti incontrovertibilmente giuridici, poiché si limitano a descrivere i loro elementi da diverse prospettive, come può essere la definizione delle norme vigenti o di quelle che elaborano i giudici partendo da quelle precedenti quando svolgono il loro lavoro (vale a dire, la giurisprudenza).

- I concetti giuridici normativi, al contrario, si basano su standard extragiuridici che possono essere principi morali. Questi concetti hanno come oggetto quei criteri e quelle massime alieni dal diritto positivo (almeno finché non siano positivizzate) che risultano vitali per potere affermare con precisione che un imperativo giuridico è, oltre che imposto da una autorità, realmente obbligatorio da una prospettiva integrale.

- Infine, i criteri misti sono quelli che si riferiscono contemporaneamente all'essere e al dover essere del diritto, come "quello proposto da Ronald Dworkin, che si riferisce agli standard effettivamente riconosciuti dai giudici, e a quelli che dovrebbero essere riconosciuti come

---

26. Bongiovanni, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, op. cit., p. 78.

27. Nino, C. S., *Derecho moral y política*, vol. I, Gedisa, Barcelona 2007, pp. 141 e 142.

28. Ibid., p. 142.

29. Ibid., pp. 142 e 143.



miglior giustificazione dei primi”<sup>30</sup>.

Passiamo al secondo argomento (giustificatorio) che è senza dubbio la pietra angolare della teoria di Nino, poiché attraverso questo, egli evidenzia che il diritto non contiene ragioni esclusive per l’azione, e per questo deve ricorrere a ragioni morali<sup>31</sup>. Per Nino, il concetto che fa da ponte tra il discorso giuridico e quello morale è la validità. Nessun ordinamento può pretendere di trovare tale validità nelle sue stesse viscere, poiché il suo fondamento è in ogni caso esterno, cerca obiettivi preesistenti allo stesso diritto per i quali questo rappresenta uno strumento conforme al procedimento disposto dalla prima, quando, dal momento in cui risulta abrogata, questa è già inesistente e priva di ogni valore.

Di conseguenza, la validità non si può basare su norme giuridiche, né su fatti (poiché questo condurrebbe alla fallacia naturalista precedentemente descritta), ma su ragioni giustificatrici esterne e legate al discorso pratico, che Nino identifica con le norme morali. Questa tesi è condivisa da gran parte della dottrina<sup>32</sup>. Nella seguente argomentazione dell’autore viene espressa con totale nitidezza l’essenza di questa teoria:

“Se il diritto si caratterizzasse, come pretendono i positivisti, sulla base di una sequenza complessa di fatti, le proposizioni riguardo a ciò che il diritto dispone sarebbero di natura fattuale, e, pertanto, non esprimerebbero ragioni operative per giustificare delle decisioni anche quando il diritto fosse determinato (...). Se si adottasse al contrario un concetto normativo e non puramente descrittivo del diritto come quello propugnato dai giusnaturalisti (ossia un concetto che denota quelle regole che devono essere riconosciute e applicate), le proposizioni riguardo a ciò che il diritto dispone sì che esprimerebbero ragioni per giustificare decisioni,

---

30. Nino, C. S., *Derecho moral y política*, vol. I, op. cit., p. 143.

31. “Vale a dire, proposizioni normative che mostrano i tratti distintivi di autonomia, di finalità giustificatrice, di giustificabilità, di maggioranza, di sopravvenienza di pubblicità” (Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, vol. 1, op. cit., pp. 144 e 145).

32. Come pure segnala Belloso “il diritto positivo, per i suoi limiti naturali, non si può giustificare a se stesso. È un errore, anche se a volte comune, affermare che è la coercizione ciò che assicura l’obbligatorietà del diritto. Né la coercizione, atto - impiego della forza, violenza - né la coattività, potenza - paura, minaccia – possono sostituire in modo soddisfacente il sentimento giuridico. Questo semplicemente non esiste più quando si preannuncia la minaccia o la violenza. Costituiscono, quindi, dei termini escludenti. Quello che realmente si cerca, per fondare la norma giuridica, è un valore e mai un disvalore, un concetto generale e non eccezionale. L’obbligo, come dovere essere, implica delle considerazioni assiologiche. Solo la comprensione del diritto come dovere essere, per essere giusto, contempla e conferisce dignità alla condizione dell’uomo” (Belloso Martín, N., *Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo*, in *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, p. 785).

tuttavia questo è tale solo perché nell'identificazione del diritto si è già fatto ricorso ai principi di giustizia che saranno supposti in queste proposizioni. Inoltre, ogni ordine giuridico patisce delle indeterminazioni, generate da lacune, contraddizioni, ambiguità, imprecisioni, ed esse non possono essere risolte senza ricorrere direttamente a considerazioni valutative”<sup>33</sup>.

Come si deduce dalle parole di Nino, la priorità delle ragioni morali evita la frammentazione del ragionamento pratico (poiché senza di esse non sarebbe possibile stabilire una priorità quando sorgono conflitti tra i diversi doveri) e il suo indebolimento, giacché proprio il ragionamento pratico presuppone una gerarchizzazione di tali doveri. Questa priorità si basa anche sulla tesi di carattere imperialista del discorso morale che, da un punto di vista descrittivo, indica che storicamente è proprio la nostra cultura quella che ha predominato sulle ragioni morali al momento di agire.

L'interpretazione giuridica è stracolma di valutazioni. Se ignoriamo queste valutazioni e concepiamo il discorso del diritto come insulare, i materiali giuridici si presentano come elementi isolati di fronte ai quali è quasi impossibile decidere coerentemente. Senza i principi giuridici non sono possibili la logica, né la giustizia nel diritto. Perché, se ci rendiamo conto, perfino una norma che secondo l'uso comune del linguaggio è abbastanza chiara, potrebbe essere interpretata in modo opposto se si sapesse che chi l'ha dettata voleva prescrivere una soluzione giusta, ma che la sua promulgazione è stata condizionata da errori volitivi e fattuali, e per questo bisogna ricorrere ai principi che ispirano l'ordinamento.

Partendo da quanto anteriormente esposto, Nino costruisce la sua famosa tesi sulla prevalenza del “punto di vista interno” su quello esterno al momento di comprendere il diritto. Il punto di vista interno rappresenta quello di colui che assume il diritto come criterio morale per il suo comportamento. Vale a dire, di colui che pretende di compiere la legge partendo da una “valutazione morale” proiettata sul diritto<sup>34</sup>, una valutazione di “conformità ai modelli di una morale critica o ideale che si suppone valida”<sup>35</sup>, una moralità che trascende il diritto positivo nella misura in cui sia insufficiente per preservare la dignità umana ma che, nelle costituzioni attuali, può identificarsi con i suoi principi per la correttezza morale.

-----  
33. Nino, C.S., *Ética y Derechos Humanos, un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona 1989, p. 21.

34. Bongiovanni, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, op. cit, p. 83.

35. Nino, C.S. *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires 2003, p. 426.

Questa morale ideale “deve essere tale che nel caso in cui venga riconosciuta possa trasformarsi in morale positiva” (Nino, C. S., *Derecho moral y política*, vol. I, op. cit., p. 130), ossia, deve possedere un fondamento di giustizia. Analizzeremo il concetto di morale che sostiene Nino nel prossimo paragrafo.

Per identificare e comprendere in modo soddisfacente un ordinamento giuridico qualsiasi, non basta osservare i suoi effetti pratici, ma bisogna ricorrere al suo fondamento, alle ragioni giustificatrici che ispirano le norme concrete e che permetteranno una piena comprensione delle stesse al di là delle loro manifestazioni chiaramente percettibili.

In breve, bisogna ricorrere al vero senso di ogni norma che non è altro che la giustificazione della stessa, una giustificazione nata da criteri morali, garanti del bene sociale e della dignità del cittadino, che si cerca di preservare mediante il diritto. Chi osserva la legge come ente isolato, non potrà fare altro che enumerare i casi concreti in cui l'ha vista applicare. Chi comprende l'autentico significato di tale legge, gli obiettivi collettivi che hanno motivato la sua creazione e i valori sociali da cui questi derivano, accettandoli come propri e impegnandosi nella loro promozione, prenderà in considerazione la conoscenza (e innanzitutto la determinazione) necessaria per chiarire quale sarà la sua applicazione in ognuno degli ipotetici casi che potrebbe regolare e approfondire il suo perfezionamento verso la giustizia ideale incarnata nei valori. Il neocostituzionalismo appare come il miglior banco di prova della nuova teoria del diritto qui menzionata e questa, a sua volta, come un'ottima giustificazione del suo modo di agire<sup>36</sup>.

Tuttavia diversi autori avanzano delle obiezioni a questa visione del punto di vista interno come qualcosa di imprescindibile per capire il diritto. È vero che il punto di vista esterno "radicale" (che osserva casuisticamente le manifestazioni legali senza cercare di capire i principi comuni che le ispirano) può offrire solo una visione superficiale e destrutturata del diritto, incapace di apportare una conoscenza fedele dello stesso. Però esiste anche un punto di vista esterno "moderato", che non implica di accettare le attitudini interne degli attori della pratica giuridica, ma sì di comprenderle, impresa tanto difficile come capire il liberalismo economico senza essere liberali<sup>37</sup>. E da tale punto di vista è perfettamente possibile comprendere il diritto di

-----  
36. In questo senso segnala Prieto Sanchís (usando la parola "costituzionalismo" come sinonimo di neocostituzionalismo) che "il costituzionalismo, difatti, abituato a lavorare con valori e principi, che sono giuridici, ma anche morali, così come a scrutare la validità/giustizia delle norme alla luce degli stessi, permette di confermare (almeno in Paesi dove esista la Costituzione pluralista, ma questo a volte si dimentica) l'esattezza di una scienza del diritto del partecipante, che giustifica e stimola il costituzionalista alla ricerca delle migliori risposte morali ai problemi giuridici, conferendo un certificato di nascita a ciò che, d'altronde, era già risaputo: la funzione giustificatrice e non meramente descrittiva di quella dogmatica". Prieto Sanchís, L., *El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?* (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky). *Anuario de Filosofía del Derecho* XIII 1996, p. 144.

37. A questo caso si riferisce Dworkin quando parla della "prospettiva dello storico" che "include quella del partecipante in modo più penetrante, perché lo storico non può considerare il Diritto come una pratica sociale argomentativa, può addirittura rifiutarla perché ingannevole, fino a quando non otterrà la comprensione del partecipante, fino a quando non possiederà il suo stesso criterio riguardo a quello che considera come buono o cattivo argomento all'interno di tale pratica". (Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona 1992, pp. 23-24).

qualsiasi comunità. Questa tesi è promossa da autori come Comanducci<sup>38</sup>. In questo senso, indica giustamente Hart che “una delle difficoltà che affronta qualsiasi teoria giuridica ansiosa di fare giustizia nella complessità dei fatti, è quella di tenere in considerazione la presenza di entrambi i punti di vista e di non decretare, a mo’ di definizione, che uno di essi non esista”<sup>39</sup>. È vero che dal punto di vista esterno moderato è possibile la comprensione del diritto, ma è anche ovvio che il punto di vista interno (e il compromesso che esprime) si rivela di estrema utilità per il perfezionamento del diritto, così come per la sua coerenza con i principi che lo ispirano.

Torniamo ai ragionamenti di Nino. La posizione del nostro autore sulla relazione tra diritto e morale dà luogo a due paradossi: 1) se per giustificare un’azione o una decisione bisogna relazionare le norme giuridiche con i principi morali, perché non ricorrere direttamente ad essi? Questo conduce alla superfluità del diritto nel ragionamento pratico (l’autore lo chiama il “paradosso dell’irrelevanza morale del diritto”<sup>40</sup>); 2) la connessione interpretativa provocherebbe l’indeterminazione radicale del diritto, poiché se l’assegnazione del significato materiale giuridico dipende dai principi valutativi che si adottano, quindi, perché non ricorrere prima ai principi e fare apparire dopo le soluzioni ottenute come se scaturissero dai testi giuridici? Questo è chiamato “paradosso dell’indeterminazione radicale del diritto”<sup>41</sup>. Questi ragionamenti, all’inizio, provocherebbero l’irrelevanza del diritto e dell’autorità che lo crea, e il suo assorbimento dalla morale, ma lo stesso Nino lo smentisce.

Nino ritiene che il diritto non debba concepirsi come un insieme di norme e di decisioni isolate, ma come una pratica sociale che compie due funzioni primarie: rende possibile il superamento dei conflitti e facilita la cooperazione. Pertanto è un’opera collettiva anche se non implica l’esistenza di un soggetto collettivo. La partecipazione in questa opera collettiva richiede una forma specifica della razionalità, chiamata la razionalità del secondo migliore, poiché le azioni che contribuiscono a quest’opera non si possono considerare isolatamente, dovendo prendere in considerazione anzitutto i loro effetti sull’opera globale, giacché il diritto è

-----  
In senso identico Laporta obietta che “si dipinge l’osservatore esterno come una sorta di extraterrestre incapace di prendere in considerazione le relazioni degli esseri umani con i loro modelli di comportamento; una mente di estraneità totale che è solo capace di registrare regolarità statistiche esteriori nei comportamenti del proprio oggetto di osservazione (...). Mi sembra che sulla verità dell’enunciato “la norma A è diritto valido nel sistema X”, tra il punto di vista di un osservatore minimamente informato e quello di colui che si identifica con il sistema deve esserci coincidenza perché la sua posizione su questo sistema è irrilevante agli effetti cognitivi” (Laporta, F., *Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista*, in Roberto Vázquez (comp.) *Derecho y moral, ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona 1998, pp. 250 e 251).

38. Comanducci, P., *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*, in Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 90.

39. Hart, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, op. cit., p. 113.

40. Nino, C. S., *Derecho, Moral y Política*, vol. I, op. cit., p. 40.

41. Ibid., p. 41.

una “grande azione collettiva che trascorre nel tempo”<sup>42</sup>. In questo modo non lavoriamo con principi morali astratti e spogli, ma con quelli raccolti in tale pratica sociale e concepiti coerentemente ad essa, all’interno del sistema in cui essa si inserisce.

Il ragionamento giuridico che prende in considerazione la pratica sociale riguardo a su che cosa consiste il diritto, possiede una struttura scaglionata su due livelli: 1) il problema della legittimità della pratica. Qui i principi morali si applicano non ad azioni individuali (superando “l’individualismo metaetico” secondo cui i principi morali si riferiscono ad azioni isolate degli individui <sup>43</sup>), ma alla pratica giuridica chiarendo se “la pratica giuridica nel suo insieme è una pratica moralmente giustificata secondo determinati principi valutativi validi e, se lo è, o lo è in modo condizionato ogni volta che la si rivolga in una determinata direzione o in un’altra”<sup>44</sup>; 2) se nel primo livello si considera legittima la pratica, si passa quindi al secondo, nel quale si valutano le azioni individuali secondo tale pratica, determinando se sono giustificati in accordo ad essa. In questo modo si risparmia la valutazione morale dell’azione concreta, poiché già si è valutata la pratica che la integra. Così, la concezione del diritto come un’azione collettiva permette di superare i precedenti paradossi, poiché: 1) chiunque voglia giustificare azioni o decisioni dovrà ricorrere al diritto positivo, dato che i modelli morali che qui interessano hanno come oggetto non azioni isolate, ma pratiche sociali raccolte nell’ordinamento, e 2) una volta valutata che la pratica giuridica è moralmente giustificata, allora la sua difesa implica di preservare le convenzioni interpretative per evitare che l’interpretazione possa travisare il significato di tale pratica (poiché, come abbiamo detto, non trattiamo una morale ideale e slegata dalla realtà, ma quella colta nella pratica sociale a effetti giuridici), il che non impedisce che gli interpreti ricorrano a principi di giustizia e di moralità sociale, giacché le convenzioni permettono un determinato margine d’azione. Vale a dire, Nino descrive la relazione tra diritto e morale attraverso i principi costituzionali che caratterizzano il neocostituzionalismo.

Occupiamoci adesso della relazione tra diritto e democrazia nel pensiero di Nino. Il diritto, per compiere le proprie funzioni, deve appoggiarsi sulla morale positiva di ogni comunità. Secondo Nino, il processo democratico è la miglior forma per trovare soluzioni moralmente corrette alle esigenze che richiede: in questo processo si conta sulla partecipazione di tutta la comunità politica, si conoscono gli interessi di tutti, avendo ciascuno l’opportunità di giustificarli, concorrono circostanze che incentivano l’imparzialità, si offrono le condizioni per correggere gli errori logici e fattuali e infine trionfa la posizione sostenuta dal maggior

-----  
42. Nino, C. S., *Derecho, Moral y Política*, vol. I, op. cit., p. 42.

43. Ibid., p. 41.

44. Ibid., p. 42.

numero di partecipanti, il che aumenta le loro possibilità di correttezza<sup>45</sup>. Inoltre, questo processo si lega indirettamente al principio della dignità della persona sostenuto da Nino, secondo il quale si prendono in considerazione “tutti gli uomini secondo le loro decisioni, intenzioni o manifestazioni di consenso”<sup>46</sup>.

Nino ammette che il processo democratico è un sostituto imperfetto del processo morale giacché i votanti non sono imparziali e il tempo di deliberazione non è infinito, così come la rappresentazione (con il possibile divorzio di volontà tra elettore ed eletto che può generare) è un problema in ciò che si riferisce alla propria legittimità. Tuttavia il processo democratico è per Nino la soluzione corretta e per questo stabilisce il dovere di ogni cittadino di obbedire alla legge democratica, anche se la sua riflessione individuale (metodo più imperfetto e meno imparziale) gli indica il contrario. Nonostante ciò, l'autore lascia fuori dal potere di influenza del processo democratico: 1) le condizioni del processo (che Nino chiama diritti “a priori” e che sono quelle che concedono importanza alla democrazia e che esamineremo nella seconda intestazione di questo punto<sup>47</sup>), e 2) le preferenze di tipo personale (ossia, l'autonomia individuale che guida il comportamento dell'individuo al di là degli obblighi giuridici), nel cui caso il metodo democratico non possiede più valore della riflessione individuale.

---

45. “Nella misura in cui la democrazia incorpora essenzialmente la discussione, tanto nell'origine delle autorità quanto nel suo esercizio (...) le sue conclusioni godono di una presunzione di validità morale” (Nino, C. S., *Derecho moral y política*, vol. 2, op. cit., p. 191). Giacché “il fatto che dimostra l'esistenza di principi morali è la sua accettabilità ipotetica in base a determinate condizioni” (Ibid., vol. 1, p. 135), quali “l'universalità, la supremazia giustificatoria, etc...”, (Nino, C. S., *El constructivismo ético*, CEPC, Madrid 1989, p. 69). Sullo sviluppo di queste condizioni, si vedano le pp. 109 e 110 della stessa opera. In tali condizioni in cui tutti conoscono e comprendono i principi e prendono le loro decisioni senza nessun tipo di pressione “l'unanimità sembra essere un equivalente funzionale dell'imparzialità”. In questo modo “è molto probabile che l'esito di un processo di discussione sia imparziale, e quindi moralmente giusto se è stato unanimemente accettato da tutte le parti coinvolte nel conflitto” (Nino, C.S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona 1997, p. 166).

46. Nino, C.S., *Ética y Derechos Humanos, un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona 1989, p. 287.

Nello stesso senso si esprime Herranz, però tuttavia nota che “Anche se la giustificazione delle norme democratiche sia *prima facie*, e non assoluta, non è una semplice presunzione di legittimità, ma una vera giustificazione: esiste sempre una ragione morale (anche se non decisiva) per rispettare i risultati del processo democratico, qualunque essi siano, ragione che non esiste in sistemi non democratici” (Herranz Castillo, R., *La justificación de la democracia y la obligación moral de obedecer al Derecho*, in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año nº 1, Nº 2, 1993-1994, p. 235).

Non basta pertanto l'origine democratica della norma (sebbene la giustifica *prima facie*), ma anche che questa debba essere conforme alla giustizia. Così lo segnala Fernández García: “Come ho sostenuto nel mio libro su *La obediencia al Derecho*, considero che esiste l'obbligo morale, giustificato, di obbedire al diritto giusto e alle disposizioni giuridiche giuste. Gli uni e le altre, per essere considerate giuste, devono tenere conto e realizzare i due requisiti combinati, lì menzionati, di origine contrattuale o democratica (legittimità d'origine) e di rispetto ai diritti umani fondamentali (legittimità di esercizio)” (Fernández García, E., *El punto de vista moral y la obediencia al Derecho*, in *Revista del Centro de estudios constitucionales*, nº 6, 1990, pp. 49-50).

47. In questo senso l'autore afferma che “non può esserci tensione tra il riconoscimento di diritti e l'operazione del processo democratico dato il valore del processo democratico dalla sua capacità per determinare questioni morali, così come quelle che si riferiscono al contenuto, alla portata e alla gerarchia dei diritti” (Nino, C.S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona 1997, p. 49). Vale a dire, secondo Nino il processo democratico è uno strumento al servizio dei diritti, che ha come

### 1.2.2. Robert Alexy e la pretesa di correttezza del diritto

Alexy parte dalla base che il discorso giuridico è un caso diverso dal discorso pratico generale. In esso si affrontano questioni pratiche, però non solo si trova sottomesso alle regole del discorso pratico generale, ma anche ai limiti che stabiliscono le leggi, i precedenti e la dogmatica. Tuttavia, la relazione tra i due discorsi permette che si possa applicare al giuridico il requisito della correttezza morale. Svilupperemo a continuazione le linee guida della tesi di Alexy su cui abbiamo appena riflesso.

Al momento di definire il diritto, il nostro autore cerca di configurare una teoria completa in cui vengono raccolte tutte le dimensioni della norma giuridica. Alexy propone un modello di diritto che parte dalla legalità e persegue l'efficacia sociale delle norme giuridiche, però non perde di vista l'esigenza di giustizia che deve ispirare ogni ordinamento. La sicurezza giuridica, la vigenza effettiva e la correttezza in quanto al contenuto sono gli elementi di una teoria giuridica che considera l'inutilità di un diritto ignorato nella pratica<sup>48</sup>, il pericolo di un diritto modificato per capriccio con la scusa di cercare la sua correttezza e il carattere nocivo di un diritto estraneo ai principi di giustizia basilari che lo orientino verso lo sviluppo sociale e la promozione della dignità del cittadino<sup>49</sup>.

Sofferamoci, in primo luogo, sulla pretesa di correttezza (legata alla dimensione pragmatica degli atti linguistici), che è un proposito consustanziale a ogni sistema giuridico, avocandolo alla ricerca della correttezza morale. Senza questa pretesa nessun sistema normativo si potrà considerare propriamente giuridico.

Da una prospettiva analitica possiamo osservare che ogni norma ha bisogno di una legittimazione (pretende di essere corretta), che nasce dalla sua giustificazione sulla base

-----  
finalità principale quella di massimizzarli e, di conseguenza, non potrà mai contraddirli per quanto la volontà maggioritaria cerchi di farlo.

48. Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, J. A. Seoane (ed.), trad. de J. A. Seoane, Comares, Granada 2010, p. 42.

49. "Secondo Alexy, un concetto di diritto adeguato è costituito da tre elementi: la legalità conforme all'ordinamento, l'efficacia sociale e la correttezza materiale (...). Il tratto distintivo del suo non-positivismo, denominazione scelta per la sua concezione del diritto, risiede proprio nell'inclusione necessaria, cioè, come condizione necessaria, della correttezza (...). Il diritto porta con sé, pertanto, l'istituzionalizzazione della pretesa di correttezza. Inoltre, nella misura in cui le funzioni del diritto si concretizzano fondamentalmente nella soluzione di conflitti e nel fomento della cooperazione sociale, attraverso la corretta distribuzione e compensazione, la pretesa di correttezza nel diritto appare sottoforma di giustizia. L'istituzionalizzazione della morale e della correttezza implica, pertanto, l'istituzionalizzazione della correttezza in relazione alla distribuzione e alla compensazione" (Cruz Ortiz de Landázuri, L. M., *Robert Alexy: la institucionalización de la justicia*, in *Isegoría, Revista de filosofía moral y política*, n° 35, 2006, pp. 324 e 325).

di ragioni<sup>50</sup>; e queste ragioni sorgono dalla moralità, chiarita attraverso il discorso pratico razionale<sup>51</sup>. In questo modo, i diritti fondamentali della persona (garanzie della giusta distribuzione e della giusta compensazione) costituiscono, in ogni caso una premessa irrinunciabile per la correttezza del diritto<sup>52</sup>. D'altra parte, la pretesa di correttezza comporta sempre una pretesa di riconoscimento da parte dei destinatari delle norme<sup>53</sup>. Pochi sistemi giuridici non proclamano la loro supposta pretesa di correttezza<sup>54</sup>, il problema sta se effettivamente la compiono o hanno solo la volontà di compierla. Lo stesso Alexy riconosce che "il fatto che si affermi la pretesa di correttezza non implica che il diritto sarà corretto"<sup>55</sup>.

Riferendoci alla correttezza del diritto, Alexy afferma che "il risultato del discorso (pratico) non è né solo relativo, né solo oggettivo. È relativo nella misura in cui è condizionato dalle particolarità dei partecipanti, ed è oggettivo nella misura in cui dipende dalle regole. In questo modo la teoria del discorso evita tanto le debolezze delle teorie morali relativiste come quelle delle teorie morali oggettiviste"<sup>56</sup>. Attraverso il discorso pratico razionale "si può argomentare in forma razionale sulla giustizia", e in esso non si può ignorare "che una teoria della giustizia si riveli accettabile solo quando tenga conto degli interessi e dei bisogni, così come della tradizione e della cultura di tutti coloro che ne sono coinvolti"<sup>57</sup>.

Vale a dire, Alexy ammette un grado di oggettività di base e indipendente dall'idiosincrasia degli interlocutori che condiziona il risultato del discorso pratico (dentro del quale si trova

-----  
50. "Chi afferma che qualcosa è corretto intende dire che è suscettibile di essere stabilito, giustificato, mediante delle ragioni" (Alexy, R., *Justicia como corrección*, in *Doxa* 26, 2003, p. 163). Per uno sviluppo di questa argomentazione si veda Bongiovanni, G., *Teorie costituzionalistiche del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, CLUEB, Bologna, 2000, pp. 102 e segg.

51. Alexy giustifica così il legame tra pretesa di correttezza e morale "se la pretesa di correttezza deve essere soddisfatta, si deve concedere priorità e un ruolo significativo alla questione della corretta distribuzione e della corretta compensazione. Le questioni della corretta distribuzione e la corretta compensazione sono questioni di giustizia. E le questioni di giustizia sono questioni morali" (Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, op. cit., p. 41).

52. Nella prospettiva di Alexy, "i diritti sono sia i presupposti del discorso, sia i suoi esiti: in questa prospettiva, i diritti possono essere concepiti come precedenti e risultati del discorso, e come sua pre-condizione" (Bongiovanni, G., *Teorie "costituzionalistiche" del diritto: Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy, e R. Dworkin*, op. cit., p. 216).

53. Alexy considera che la pretesa di correttezza "consta di tre elementi: 1) l'affermazione della correttezza, 2) la garanzia dell'essenzialità e 3) l'attesa del riconoscimento della correttezza" da parte di coloro ai quali va diretta (Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, op. cit., p.31).

54. Così spiega Alexy che l'articolo costituzionale "x è una repubblica ingiusta" si rivela insostenibile, essendo una "contraddizione performativa", un radicale controsenso che va contro la natura stessa del diritto (Alexy, R., *Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral*, in Roberto Vázquez (comp.) *Derecho y moral, ensayos sobre un debate contemporáneo*, op. cit., pp. 129 e 130).

55. Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, p. 44

56. Alexy, R., *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, in E. Garzón Valdés, (ed.) *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona-Caracas 1985, p. 52.

57. Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, op. cit., p. 53.



quello giuridico) e che l'autore basa sulle regole morali basilari (rispetto ai diritti che nascono dalla dignità umana), che fondano la pretesa di correttezza, ma riconosce anche che tale risultato può variare fino a un certo punto dipendendo da quest'idiosincrasia. Come afferma Alexy "l'identità di un sistema giuridico razionale è determinata tanto da proprietà universali quanto da proprietà contingenti"<sup>58</sup>.

Ci troviamo davanti a una conclusione logica dal suo punto di vista: se Alexy conferisce tanta importanza al consenso razionale (un consenso sempre rispettoso dei diritti fondamentali) per determinare la verità, è chiaro che tale somma di opinioni confluenti in un punto sarà condizionata dalla razionalità naturale degli interlocutori, ma anche dalle loro particolarità. Così "non sono possibili teorie morali materiali che diano un'unica risposta con certezza in modo intersoggettivo che conduca a ogni questione morale, però sì sono possibili teorie morali procedimentali che formulano regole o condizioni dell'argomentazione o della decisione pratica razionale"<sup>59</sup>.

L'autore riceve delle critiche per questa fiducia eccessiva nel consenso da parte di coloro che ritengono che la verità e la razionalità non possono dipendere da un accordo contingente e condizionato da numerosi fattori che possono invalidarlo, iniziando dalla manipolazione di chi si trova in una posizione intellettuale o culturale superiore e non cerca la verità, ma il proprio interesse. Per questo Alexy finisce col vedersi obbligato a chiarire che il suo modello di consenso propone come presupposto la capacità di giudizio dei partecipanti, che sarà la condizione materiale primigenia che le darà validità, così come si vede obbligato a riconoscere che "non c'è da aspettarsi che le regole del discorso siano di fatto compiute integralmente"<sup>60</sup>, e che "perfino nel caso di un discorso ideale in cui ogni questione si possa discutere eternamente, non si può essere sicuri che ci sia una sola risposta corretta per tutte le questioni pratiche"<sup>61</sup>. Il problema, come lo stesso autore afferma, sta nella sua posizione profondamente idealista, sebbene sia possibile avvicinarsi agli obiettivi che persegue mediante i mezzi della democrazia deliberativa. Questo tema sarà trattato in profondità nel terzo punto di questo capitolo.

Concentriamoci nuovamente sui sistemi giuridici, Alexy afferma che tra le ragioni che devono giustificarli si distinguono quelle morali, ma non sono le uniche. Esistono leggi, giurisprudenza, norme procedurali, che condizionano la creazione e l'applicazione del diritto al di là di ciò che è relativo alla rigorosa morale. Allo stesso modo, il diritto è coercitivo e

---

58. Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, op. cit., p. 75

59. Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2001, p. 530.

60. Alexy, *La institucionalización de la justicia*, op. cit., p. 55

61. Ibid., p. 73.

protegge degli interessi specifici che superano quelli del discorso pratico generale. Nonostante questa particolarità, l'unione tra il discorso pratico generale e il discorso giuridico è innegabile. Entrambi condividono la loro natura e la loro struttura discorsiva, così come il fatto che entrambi basano la loro pretesa di correttezza sulla dignità umana.

La dinamica degli ordinamenti giuridici comporta, come abbiamo esposto, questioni morali (oltre ad altri fattori sopra citati), che devono risolversi attraverso norme morali, le quali devono corrispondere a una moralità razionale e giustificabile, sebbene l'autore ammetta la discrepanza pratica tra la giustizia e il diritto, sempre che non sia abissale.

Così, il successivo problema che Alexy affronta è la ripercussione dell'ingiustizia sulla validità del diritto. Il nostro autore affronta questo tema soppesando il valore della giustizia, ma anche della sicurezza giuridica, che si vedrebbe in dubbio, se ogni norma giuridica fosse privata di qualsiasi riconoscimento perfino nei casi di ingiustizia molto debole e discutibile<sup>62</sup>. Davanti a questo dilemma, ha due alternative al momento di stabilire gli effetti di ingiustizia del diritto: optare per la connessione qualificatoria, che priva della propria condizione giuridica il diritto ingiusto, e la classificatoria, che si limita a dichiararlo ingiusto senza intaccare la sua giuridicità<sup>63</sup>.

Alexy decide di optare per una soluzione intermedia, sostenendo che tanto le norme isolate come quei sistemi giuridici che fossero estremamente ingiusti perderebbero la loro condizione giuridica (in questo caso la giustizia sarebbe classificante), ma ammettendo l'ingiustizia del diritto sempre che non sia insostenibile (secondo il ragionamento della formula di Radbruch<sup>64</sup>) un'ingiustizia che servirebbe a definirlo come carente, però valido (ingiustizia qualificante). Usando le parole dell'autore "il conflitto tra giustizia e sicurezza giuridica può essere risolto nel

-----  
62. Così, sostiene l'autore che "si potrebbe pensare che la soddisfazione della pretesa di correttezza abbia anche un carattere definitorio. Questo, tuttavia, avrebbe conseguenze disastrose. Tutte e ognuna delle scorrettezze del sistema giuridico o di una norma o di una decisione isolata distruggerebbero automaticamente il carattere giuridico e, di conseguenza, la validità giuridica del sistema, della norma e della decisione isolata. Per ragioni normative, specialmente quelle di sicurezza giuridica, questo non è accettabile." (Alexy, R., *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin*, in *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, trad. di Paula Gaido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, p.110).

63. Le carenze di giustizia nel diritto "sono classificatorie se privano le norme o i sistemi normativi della loro classificazione come giuridici. Al contrario, hanno un carattere puramente qualificatore, se le norme o i sistemi normativi conservano il carattere giuridico, e presentano come conseguenza esclusivamente una carenza giuridica. La pretesa di correttezza compie un ruolo classificatore – se la si considera isolatamente, e non in interazione con altri argomenti – solo in quanto ai sistemi giuridici come totalità; e quindi anche solo in quanto alla formulazione della pretesa, e non in quanto alla sua soddisfazione. I sistemi normativi che non formulino, esplicitamente né implicitamente, la pretesa di correttezza non sono sistemi giuridici. In questo modo, la pretesa di correttezza permette di distinguere tra diritto e forza bruta" (Ibid., pp. 54–55).

64. Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona 2004, p. 49.

senso che il diritto positivo assicurato dalla sua sanzione e dal potere ha priorità anche quando il contenuto fosse ingiusto e disfunzionale, a meno che la contraddizione tra legge positiva e giustizia raggiunga un livello così insostenibile che la legge, in quanto a diritto ingiusto, debba cedere davanti alla giustizia”<sup>65</sup>.

Questa ingiustizia estrema si deve definire con una certa concisione, poiché è un concetto soggettivo fino a un certo punto. I condizionamenti culturali di ogni società possono influire notevolmente in questo senso, fino al punto che molti negli Stati Uniti non considerano un’ingiustizia estrema l’assenza di un sistema sanitario pubblico, mentre in Europa lo consideriamo come lo sviluppo di un diritto basilare. Per questo, Alexy ritiene che i diritti fondamentali, inerenti alla dignità dell’uomo<sup>66</sup> rappresentino la frontiera che il diritto giusto non potrà mai oltrepassare. Questa tesi è definita come un giusnaturalismo debole, che modifica il classico *dictum* “*lex iniusta non est lex*” per quello di “*lex iniustissima non est lex*”<sup>67</sup>.

All’inizio, e aspirando alla conservazione degli ordinamenti, Alexy restringe gli effetti dell’ingiustizia estrema a norme particolari, e non a tutto il diritto come sistema. Solo quando tale ingiustizia sia una costante nell’ordinamento giuridico fino al punto di contaminare una parte importante delle sue norme, si potrà dire che questo come tale non è valido, in accordo con la tesi della demolizione, secondo la quale quando un numero di norme antiggiuridiche di un ordinamento arriva a una certa quantità, questo sprofonda per la mancanza di leggi imprescindibili per sostenersi, così come un edificio al quale si tolgono dei mattoni finché non finisce per crollare per assenza di sostegno<sup>68</sup>.

Tuttavia gli effetti che Alexy concede alla morale in relazione al diritto vanno al di là dell’ingiustizia estrema, sebbene solo in quel caso può privarlo della sua giuridicità. Alexy accetta una forma di fondare l’ordinamento “in modo argomentativo e non autoritariamente”<sup>69</sup>.

-----  
65. Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 53.

L’autore spiega le ragioni di prevalenza della giustizia sulla sicurezza giuridica in questi casi estremi nel seguente modo “esistono ragioni fondate per riconoscere la priorità della protezione dei diritti e delle vittime passate e future al di sopra della protezione di coloro che, con il loro coinvolgimento nelle trame di un regime ingiusto, si sono fidati di una causa giuridica di giustificazione di atti mediante una positivizzazione dell’ingiustizia” (Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, op. cit., p. 22).

66. Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 64.

67. Peczenik, A., *Dimensiones morales del Derecho*, trad. de J. A. Pérez Lledó, in *Doxa* 8, Madrid 1990, p. 104.

68. Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 71.

69. Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 541.

L'ingiustizia non radicale di una norma giuridica non è indifferente per le stesse norme poiché le rende "giuridicamente difettose"<sup>70</sup> rispetto a dei criteri morali che sono modello di ciò che è giuridico e di ciò che si esige per il loro perfezionamento, cosa che sposta "la dimensione critica" del diritto dalla morale fino "al diritto stesso"<sup>71</sup>.

Questo giusnaturalismo debole di Alexy è efficace anche al momento di garantire il compromesso con la giustizia nel quadro di ordinamenti tirannici dalla prospettiva degli incaricati a far rispettare tali ordinamenti. Secondo la tesi dell'effetto del rischio, formulata dall'autore, in un sistema non positivista tutti i membri della comunità, iniziando dai giuristi, saranno coscienti che sono retti da un diritto aberrante, totalmente estraneo a quello che dovrebbe essere in vigore, e per questo quando finirà la tirannia saranno giudicati per tutte le atrocità che abbiano commesso servendosi dell'ordinamento vigente. Tale minaccia farà sì che i cittadini, anche se non si oppongono al diritto estremamente ingiusto, non si approfittino di esso per commettere crimini, né cooperino con il fomento della sua perversione.

Il diritto di resistenza che deriva dalla teoria di Alexy non è assolutamente estraneo "allo Stato costituzionale, ma, al contrario, *appartiene essenzialmente ad esso*. Poiché, oggettivamente *non si tratta qui di nient'altro che del diritto a determinate forme di esercizio dei diritti fondamentali*"<sup>72</sup>. Parliamo di un concetto filosofico, ma di necessaria proiezione e natura giuridica, poiché costituisce uno strumento capitale per la salvaguardia dei diritti del cittadino.

In sintesi, Alexy sostiene la tesi del vincolo del diritto con la morale, articolandolo attraverso una connessione in generale qualificante (segnala l'ingiustizia del diritto, ma non gli toglie il suo carattere giuridico anche se ne dichiara la carenza), ma anche classificante (che nega il carattere giuridico della norma o perfino dell'ordinamento completo) nei casi delle norme radicalmente ingiuste o degli ordinamenti tanto corrosi da questo tipo di norme che hanno perso la propria natura giuridica a causa di ciò. Al di là dei casi di ingiustizia estrema prima citati, Alexy struttura la relazione ordinaria e quotidiana tra diritto e morale attraverso i principi giuridici, già descritti, anche se soltanto superficialmente, nel capitolo precedente, e che affronteremo in modo reiterato nelle parti che rimangono di questo lavoro.

-----  
70. Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, op. cit., p. 46.

71. Ibid., p. 47.

72. Dreier, R., *Derecho y Moral*, in Garzón Valdés, E., *Derecho y Filosofía*, Ed. Alfa, Barcelona 1985, p. 98.

### 1.2.3 Ronald Dworkin: costruttivismo e integrità in un diritto di radice morale

La teoria giuridica di Dworkin si può riassumere come una costruzione logica destinata a raggiungere un diritto morale, garante dell'eguaglianza tra i cittadini e allo stesso tempo fedele alla volontà popolare. Il diritto ha bisogno di essere elaborato come un'opera coerente con i principi costituzionali (in ultimo fondamento morale) i quali devono necessariamente ispirare il contenuto di ogni norma. Da questa tesi costruttivista deriva l'esigenza di integrità nell'ordinamento, in base alla quale si pretende che ognuna delle manifestazioni giuridiche (dalla legge alle sentenze giudiziarie) sia il riflesso di questi principi massimi, senza contraddirli né ignorarli in alcun momento. L'ossessione di Dworkin è quella di costruire l'ossatura teorica che garantisce l'influenza della giustizia integrata nei principi costituzionali in tutto l'ambito giuridico.

#### 1.2.3 a) Morale e diritto da una prospettiva costruttivista

Dworkin afferma che, in ciò che è relativo al fondamento morale del diritto, esistono due modelli. Il primo è quello "naturale", che parte dalla base che "tutti nutriamo delle credenze sulla giustizia che manteniamo perché ci sembrano buone, non perché le abbiamo desunte o dedotte da altre credenze"<sup>73</sup>. Alcuni settori presentano queste credenze come "naturali" od oggettive. Il secondo modello, chiamato costruttivo, non accetta l'esistenza di principi di giustizia oggettivi, e concepisce le intuizioni sopra descritte come semplici elementi per costruire una teoria generale del diritto il cui contenuto non è prestabilito.

Sulla base di questo modello costruttivo si elabora la giurisprudenza e, dice Dworkin, che si deve anche operare in Filosofia del Diritto, anche se come vedremo successivamente, la visione che Dworkin ha di questo modello ammette certi principi di moralità giuridica oggettivi. Il modello costruttivo, in astratto, afferma che mediante l'analisi della costituzione e la ricerca dei principi comuni ai diversi precedenti giurisprudenziali si possono raggiungere le essenze dell'ordinamento, evitando ogni incongruenza negli atti normativi. Il modello costruttivo "non si basa su presupposti scettici né relativisti. Al contrario, ipotizza che ogni uomo e ogni donna che ragioni dentro le linee del modello sosterrà in modo sincero le convinzioni con le quali si avvicina ad esso, e che tale sincerità si estenderà alla critica di atti o di sistemi politici che

---

73. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona 1984, p. 246.

L'autore coincide con Rawls sul fatto che esiste una "facoltà morale", che almeno alcuni uomini possiedono e che permette loro di ottenere "intuizioni concrete di moralità politica (...). Queste intuizioni sono indice dell'esistenza di principi morali più astratti e fondamentali" che hanno un carattere oggettivo (Ibid., p. 247).

74. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 249.

offendono gli aspetti più profondi di tali convenzioni, considerandoli ingiusti. Il modello non nega, però neanche afferma, la condizione oggettiva di nessuna di queste convinzioni”<sup>74</sup>.

Il modello costruttivo persegue la sicurezza giuridica attraverso la coerenza dell’ordinamento. Affermando dei principi sostenitori del diritto, i cittadini avranno sempre chiaro il senso e il contenuto del loro ordinamento. Inoltre, il modello conferisce la sicurezza che il diritto non sarà basato sulle convinzioni di uno, ma di molti, e pertanto godrà di un fondamento più sicuro. Tuttavia, da questa prima lettura, non si deduce alcuna visione oggettivista dei fondamenti giuridici, ma si intuisce piuttosto la difesa di una semplice costruzione logica del diritto le cui premesse materiali passano su un piano secondario per quanto riguarda ciò che è relativo alla sua correttezza.

Sicuramente la tesi naturale, prima citata, ha a suo sfavore l’innegabile mutazione che hanno subito i principi morali nel corso della Storia, e la visceralità con la quale tendiamo a conservare le nostre stesse convinzioni, tanto diverse tra gli uomini che, razionalmente o irrazionalmente, tendono a incasellarsi in essi<sup>75</sup>. Inoltre Dworkin prende molto in considerazione questi fatti al momento di costruire la sua teoria, ma senza rinunciare a riconoscere dei capisaldi materiali e oggettivi del diritto, come si vedrà nei seguenti paragrafi.

Le teorie frutto del modello costruttivo si possono dividere in tre gruppi: teorie basate sugli obiettivi, sui diritti e sui doveri<sup>76</sup>. Dworkin sostiene la teoria contrattuale basata sui diritti, secondo la quale “i diversi individui hanno interessi che sono capaci di proteggere qualora lo vogliano”<sup>77</sup>. Attraverso il contratto sociale si promuovono le istituzioni e le leggi destinate a permettere la protezione di questi diritti e si rifiutano quelle che possano metterli in pericolo, concedendo un valore principale alla difesa di questi diritti in relazione al resto degli obiettivi politici, una difesa della quale ogni cittadino sarà protagonista mediante le azioni che gli permetteranno di rivendicare la protezione dei propri diritti in prima persona.

-----  
74. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 249.

75. “Una determinata teoria non viene scalzata perché un gruppo diverso o una società diversa, con un’esperienza e una cultura diversa, possa produrre una teoria diversa. Tale circostanza può condurci a mettere in discussione il diritto di qualsiasi gruppo per considerare oggettive o trascendentali, nel senso che sia, le sue intuizioni morali, ma non può condurci al fatto che una determinata società, che effettivamente considera in tal modo determinate convinzioni, le esiga e che quindi che le segua per principio” (Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 256).

76. Le teorie basate sugli obiettivi collocano su un secondo piano l’individuo, poiché la sua finalità massima è quella di soddisfare un progetto sovraindividuale che può andare dall’espansione religiosa all’“utilità generale”. Le teorie basate sul dovere si concentrano sulla qualità morale delle azioni individuali, preoccupandosi di reprimere le cattive azioni stabilite nei loro codici di condotta allo scopo di proteggere le possibili vittime di esse, ma senza riconoscere alle vittime un diritto personale per esigerlo (Dworkin, R., *Los derechos en serio*, pp. 261 e segg.).

77. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 266.

Nonostante gli elementi apparentemente relativisti osservati fino ad ora, Dworkin sceglie il concetto di “diritti naturali” per fornire un contenuto ai diritti prima menzionati e, di conseguenza, alla costruzione del sistema giuridico. Questi diritti “non sono semplicemente prodotto di un atto legislativo deliberato o di una consuetudine sociale esplicita, ma sono fondamenti indipendenti per giudicare la legislazione e le consuetudini”<sup>78</sup>. Appoggiandosi sulla tesi di Rawls, Dworkin sostiene che il diritto fondamentale originario non è che un diritto “all’uguaglianza di considerazione e di rispetto, un diritto che (gli uomini) possiedono non in virtù della loro nascita, caratteristiche, meriti ed eccellenze, ma semplicemente in quanto esseri umani con la capacità di fare dei progetti e di amministrare la giustizia”<sup>79</sup>.

Nel disegnare, attraverso il contratto sociale, il modello di Stato che la comunità preferisce, si potranno stabilire istituzioni e regimi molto diversi, però tutti questi dovranno sottomettersi alla massima dell’uguaglianza di trattamento, in quanto essa si riferisce a diritti, che la dignità umana esige in modo che “i membri più deboli di una comunità politica abbiano il diritto, da parte del governo, alla stessa considerazione e allo stesso rispetto che si sono assicurati per sé i membri più potenti”<sup>80</sup>. Il margine per la configurazione del diritto e della società è ampio, però deve sempre rispettare questo limite.

Dworkin, pertanto, lega diritto e morale<sup>81</sup>, rifiutando la visione positivista che identifica il diritto con i fatti empirici (condivisi da tutti i giuristi) nei quali la morale non ha nessun ruolo. L’autore basa questa posizione sulla sua “teoria della puntura semantica”<sup>82</sup>, negando che il diritto possa ridursi a questioni empiriche o linguistiche e ampliando il suo oggetto a questioni morali e argomentative sulle quali i giuristi dibattono e divergono. In questo modo vuole superare il “formalismo giuridico” definito da Bobbio<sup>83</sup>, che esclude qualsiasi elemento materiale dall’ambito del diritto. L’autore si oppone all’utilitarismo imperante fino a un certo periodo nella giurisprudenza di origine inglese considerando i diritti morali di ogni cittadino come beni sacri che nessun potere deve attaccare.

-----  
78. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 268.

79. Ibid., p. 274.

80. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 295.

81. Dworkin propone di ammettere che il diritto non è diverso dalla morale, ma è una parte di essa. Così lo dimostra con le seguenti parole “questa è la forma in cui intendiamo la teoria politica: come parte della morale intesa in termini più ampi, ma distinguibile e con un proprio fondamento poiché è applicabile a delle strutture istituzionali specifiche. Potremmo pensare la teoria del diritto come una parte speciale della moralità politica, caratterizzata da un’ulteriore raffinazione delle strutture istituzionali” (Dworkin, R., *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid 2007, p. 45).

82. Sviluppata in Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, op. cit., pp. 44 e segg.

83. Bobbio, N., *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra* (1979), trad. de Rafael de Asís e Andrea Greppi, Debate, Madrid 1993, pp. 154-155.

L'autore, compromettendosi fortemente con ciò che il diritto deve essere, non ignora quello che realmente è in molti casi e, come Alexy, ammette che non è possibile “né che il diritto sia sempre moralmente buono, né che quello che è moralmente buono costituisca sempre il diritto neanche in casi difficili”<sup>84</sup>. Secondo la sua prospettiva il diritto deve essere giusto e il giurista deve sforzarsi di ottenere tale fine, che purtroppo molte volte non viene raggiunto, sebbene il cittadino abbia il diritto di non compiere la legge quando questa conculchi i suoi diritti individuali. Dworkin, di conseguenza, costruisce una teoria del diritto realista, ma allo stesso tempo di profonda ispirazione etica<sup>85</sup>.

Come conseguenza della sua posizione sulla relazione tra diritto e morale, Dworkin *rivalorizza i principi*, integrandoli nei sistemi giuridici insieme alle regole. L'autore ingloba nei principi le direttrici politiche o principi teleologici (*policies*), che descrivono obiettivi sociali che non rispondono necessariamente a esigenze morali, e i principi in senso stretto, che affermano diritti e appaiono definiti “come un'esigenza della giustizia, dell'equità o di qualche dimensione della moralità”<sup>86</sup>, anche se è una distinzione non molto nitida (una direttrice può esprimere un principio *stricto sensu* e viceversa). L'autore con questa distinzione cerca di difendere la priorità, già segnalata prima, dei diritti individuali (che sono individualizzabili e si distribuiscono in modo egualitario) e si riflettono negli “argomenti politici”<sup>87</sup>. I diritti (che Dworkin chiama “diritti politici”<sup>88</sup>), sono limiti rispetto agli obiettivi sociali e i giudici devono preservarli come dei trionfi nei confronti delle maggioranze.

-----  
84. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 279.

85. Nella tesi di Dworkin “da una parte, possiamo identificare dei “paradigmi giuridici” la cui appartenenza al diritto è indiscutibile – il limite di velocità, le tasse, le norme contrattuali, etc... –, dall'altra, condividiamo un concetto astratto di diritto, che Dworkin identifica con l'ideale di legalità, o Stato di Diritto. Con questo doppio punto di ancoraggio sulle nostre intuizioni, il teorico del diritto non deve cercare una descrizione del diritto, ma piuttosto proporre un'interpretazione di tale concetto. Il quale implica di completare il doppio versante di ogni interpretazione: primo, stabilendo i principi di moralità politica che sembrano offrire la migliore spiegazione possibile del carattere e del valore della legalità – la dimensione della giustificazione –, e, secondo, raggiungendo un “adattamento interpretativo” tra tali principi e i giudizi concreti che tutti condividiamo riguardo a ciò che il diritto è – la dimensione dell'*adeguatezza* –. Così come l'equilibrio riflessivo rawlsiano, questo “adattamento” alla positività giuridica ci permette di legare l'intuizione morale alla realtà sociale” (Melero de la Torre, M. C., *La razón jurídica como modelo de razón pública*, Rawls, Dworkin y el Derecho, p. 86).

86. Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, op. cit., pp. 157 e segg.

87. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 148.

88. “Un diritto politico è una finalità politica individualizzata. Un individuo ha il diritto a una determinata aspettativa, ricorso o libertà se (tale cosa) tende a favorire una decisione politica (in virtù della quale) sarà favorito o protetto lo stato di cose che gli permette di godere del diritto, anche quando con questa decisione politica non si serve un altro obiettivo politico, e perfino quando lo si pregiudichi (...). Un obiettivo politico è una finalità politica non individualizzata, vale a dire, uno stato di cose la cui specificazione non richiede così nessuna aspettativa o ricorso o libertà in particolare per individui determinati (...). Gli obiettivi collettivi stimolano gli scambi di benefici e le cariche nel seno di una comunità, allo scopo di produrre qualche beneficio globale per questa nella sua totalità (...). Nessuna finalità politica sarà un diritto a meno che abbia un certo peso rispetto agli obiettivi collettivi generali” (Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 159 e 161).



I principi, embricati di un ordine unico e coerente, garantiscono l'eguaglianza nel sistema giuridico, preservando i suoi due versanti. Dalla prospettiva della giustizia formale, assicurano che i casi uguali siano trattati allo stesso modo su tutti i livelli, cioè, a livello costituzionale, legislativo e di applicazione giudiziale del diritto. Da un punto di vista materiale, relativo al contenuto del diritto, i principi affermano l'eguaglianza effettiva tra i cittadini, nel cui quadro gli si riconosce lo stesso valore e si afferma il loro diritto a essere trattati con la stessa considerazione, attraverso un'uguaglianza reale di diritti ottenuta mediante una lettura morale dei principi, salvaguardando la loro coerenza e la loro adeguatezza alla giustizia.

Dobbiamo rilevare che Dworkin ammette l'esistenza di *principi espliciti*, ma anche impliciti o extrasistematici, con quel "senso della convenienza" che può portare il giudice a mentire e a non riconoscere una legge ingiusta come diritto. Un esempio è il principio "non si permetterà a nessuno di approfittare della propria frode o trarre profitto dalla propria ingiustizia, o fondare una domanda sulla propria iniquità o acquisire proprietà del proprio crimine"<sup>89</sup> nel caso *Riggs vs. Palmer*, tanto utilizzato da Dworkin per esporre la sua teoria.

Per Dworkin, alcuni principi entrano a far parte del diritto direttamente, in virtù del loro contenuto, anche se non figurano in norme giuridiche, né si riflettono nella pratica sociale. In questo modo, secondo quanto obiettano diversi autori contrari alla teoria di Dworkin, il diritto e la morale si dissolvono in una normatività indifferenziata non esistendo una rigida delimitazione tra entrambi<sup>90</sup>. Tuttavia questa tesi non è per niente strampalata, poiché nella stessa giurisprudenza italiana si sono riconosciuti (come vedremo nel capitolo seguente), diritti fondamentali non espressamente affermati nella costituzione, sulla base dell'interpretazione della stessa.

Dworkin respinge il fatto che esista una contraddizione tra principi e norme, partendo dall'assoluta priorità dei primi. Quando una norma è antagonista al contenuto di un principio è perché ne esiste un altro che è stato considerato di maggior valore ed è stato anteposto al

-----  
89. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 73.

90. Prieto Sanchís obietta esattamente che "è dubbioso anche che i principi di Dworkin possano svolgere la funzione di norme di chiusura. Tradizionalmente, i criteri che sono stati suggeriti per chiudere il sistema giuridico si presentano in forma semplice e alternativa, cosa che naturalmente non succede con i principi di Dworkin, i quali si caratterizzano per una formulazione aperta alla possibilità del *tertium datur* e che, inoltre, mantengono una relazione di sussidiarietà con il Diritto esplicito. In realtà, credo che nello schema di Dworkin l'idea di "chiusura dell'ordinamento" è strana e difficilmente realizzabile dopo la rinuncia esplicita alla norma di riconoscimento e a qualsiasi altro procedimento ultimo di identificazione. Forse si potrebbe sostenere che i principi di Dworkin chiudono effettivamente il Diritto, ma al prezzo di dissolverlo con il sistema morale; sarebbe lo stesso ordine giuridico che vedrebbe sparire i propri limiti esatti" (Prieto Sanchís, L., *Teoría del Derecho y filosofía política in Ronald Dworkin: Comentario al libro de R. Dworkin "Los derechos en serio"*, in *Revista española de derecho constitucional*, n° 14, 1985, p. 368).

momento di configurarla, il che non vuol dire che tale norma possa cambiare, “sia già per la promulgazione esplicita di una legge o per la nuova interpretazione giudiziale”<sup>91</sup>, giacché si arriva alla conclusione che non era giusta poiché doveva prevalere il principio rimpiazzato.

Nel concludere questo paragrafo è inevitabile chiederci se la relazione tra diritto e morale, che propugna Dworkin, si possa considerare giusnaturalistica giacché, come abbiamo visto in precedenza, Dworkin ammette l’esistenza di diritti naturali.

Il giusnaturalismo classico si basa sull’esistenza di un ordine normativo sovrapositivo (che può essere immutabile e universale o può cambiare con il progresso sociale) e la fondazione dell’ordinamento giuridico su tale ordine. Dipendendo dalle conseguenze che abbia il divorzio tra diritto e morale, il giusnaturalismo respingerà il suo carattere giuridico (corrente ontologica) o semplicemente riconoscerà che è un diritto ingiusto, ma ammettendo la sua validità (corrente deontologica)<sup>92</sup>. Dworkin non crede in una morale giuridica immutabile, ma cangiante. Quando si riferisce all’interpretazione costituzionale, propone che essa si realizzi soddisfacendo la realtà sociale attuale e non l’*ethos* dell’epoca storica in cui è stata creata. Non identifica neanche la morale giuridica con la morale sociale, ma accetta una morale critica ammettendo che la morale positiva può non essere corretta. Allo stesso modo, considera la *morale integrata nei principi* come il fondamento massimo dell’ordinamento, un fondamento senza il quale non può definirsi come giuridico. Inoltre crede anche che il diritto ingiusto possa esistere, ma il cittadino sarà legittimato a disobbedirlo. Pertanto si può dire che Dworkin abbraccia una visione moderna e particolare del giusnaturalismo, un giusnaturalismo che accetta la mutabilità storica dei principi di giustizia, sempre che la sua essenza non venga snaturata.

### **1.2.3 b) L’Integrità come conseguenza del costruttivismo**

Dworkin sostiene che si deve predicare l’integrità del diritto ed esige che questo sia contemplato come una pratica sociale argomentativa. L’integrità sostenuta da Dworkin risponde all’ “ideale di integrità politica, cioè, al principio che, nella misura delle sue possibilità, lo Stato deve cercare di governare attraverso un insieme coerente di principi politici il cui beneficio si estende a tutti i cittadini”. L’autore afferma che “riconoscere questa dimensione di uguaglianza e lottare per essa è, penso, essenziale per la legittimazione del potere coercitivo dello Stato”<sup>93</sup>. Questa visione trasforma la comunità in agente morale, sebbene non necessariamente diverso

-----  
91. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 141.

92. Díaz E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid 1989, p. 266.

93. Dworkin, R., *La justicia con toga*, op. cit., p. 23.

dei soggetti che la compongono. Come già abbiamo spiegato, Dworkin identifica questi principi con una morale liberale la quale conferisce una priorità ai diritti rispetto ai fini collettivi e che considera che le persone debbano ricevere un trattamento di eguaglianza<sup>94</sup>.

Partiamo dalla base che il diritto non è un insieme di decisioni isolate, ma una totalità o un'opera collettiva, in modo che l'interpretazione giuridica "suppone molto più che indagare intorno all'intenzione dell'autore" della legge specifica<sup>95</sup>. Dworkin pone come esempio il caso di un romanzo scritto da diversi autori, giacché "nello sviluppare il diritto si deve cercare di mantenere una certa coerenza con ciò che esiste nella legge e con il futuro della stessa, nel senso di rappresentare in modo corretto i valori che persegue una legislazione per una società giusta"<sup>96</sup>.

Per questo le decisioni giuridiche si integrano nel quadro di un'opera iniziata nel passato (per cui le decisioni passate sono rilevanti), e che deve essere continuata nel futuro. Come prospetta Dworkin, "supponiamo che una sequenza di precedenti è, di fatto, ingiusta, poiché nega di imporre come diritto giuridico qualche diritto politico dei cittadini. Anche quando, nel decidere un caso difficile, un giudice disapprovi per questa ragione tali precedenti, la dottrina della coerenza espressa gli esige tuttavia che apra la propria argomentazione all'influenza di essi"<sup>97</sup>. Qui si riflette l'esigenza dell'equità, uno dei due criteri che bisogna tenere in considerazione nell'interpretare il diritto dalla prospettiva dell'integrità.

-----  
94. In questo senso Delgado Pinto asserisce che "una comunità in cui sia effettivo l'ideale dell'integrità è "una comunità governata da una concezione unica e coerente di giustizia, equità e giusto processo procedimentale nella relazione corretta", o che l'integrità esige ai giudici "che ammettano, per quanto sia possibile, che il diritto è strutturato in un insieme coerente di principi di giustizia, equità e giusto processo" (...). La *giustizia*, secondo Dworkin, si riferisce al risultato dell'attività dei poteri pubblici nella distribuzione delle risorse materiali, opportunità e libertà, e richiede una distribuzione moralmente corretta. L'*equità*, da parte sua, ha a che vedere con la giusta strutturazione e distribuzione del potere politico nella comunità attraverso la determinazione dei metodi per la scelta dei governanti e dei funzionari, della descrizione delle competenze dei distinti organi e della responsabilità degli stessi, etc... Per ultimo il *giusto processo* richiede un'articolazione moralmente accettabile del procedimento che si segue per l'applicazione delle norme e la sanzione di coloro che le infrangono" (Delgado Pinto, J., *La noción de integridad en la teoría del Derecho de Ronald Dworkin, análisis y valoración*, op. cit., p. 24).

95. Muñoz González, A. J., *Casos difíciles y Derecho como integración: (Estudio sobre la teoría jurídico-filosófica de Ronald Dworkin)*, in *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, n° 3, 1999-2000, p. 58.

96. Muñoz González, A. J., *Casos difíciles y Derecho como integración: (Estudio sobre la teoría jurídico-filosófica de Ronald Dworkin)*, op. cit., p. 59. In relazione allo stesso concetto Muñoz afferma che "la conclusione a cui arriva l'autore anglosassone è che ci troviamo davanti a varie decisioni difficili che possono condurre a risultati diversi, come quelli a cui arriverebbe un romanziere a catena dopo aver interpretato il testo ricevuto in un modo o in un altro. Però quello su cui non c'è dubbio è che, se a queste soluzioni diverse si è arrivati attraverso soluzioni tecnico-giuridiche o letterarie corrette, il disaccordo tra i diversi risultati non sarà il metodo utilizzato, che sarà stato impeccabilmente seguito e applicato al caso da ciascuno degli interpreti, ma la discrepanza si troverà nel significato e nel valore che per ognuno degli interpreti ha avuto il testo originale" (Ibid., p. 63) cosa che ridurrà notevolmente i possibili disaccordi e aumenterà il rigore dell'interpretazione.

97. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op.cit., p. 157.

L'interpretazione che si fa della norma giuridica non si limita solo a stabilire il suo significato, ma deve realizzarsi in modo che si proceda alla sua giustificazione nel miglior modo possibile, con base su criteri morali. Questo è il criterio della giustizia, il secondo da tenere in considerazione dal punto di vista dell'integrità.

Dall'altro lato, e in coerenza con quanto detto in precedenza, Dworkin rileva che le decisioni giudiziali “sono e devono essere generate dal principio, non da direttrici politiche (...), un giudice che sia lontano dalle esigenze della maggioranza politica, i cui interessi potrebbero violare il diritto in questione, si trova, di conseguenza, nella migliore situazione per valutare l'argomento”<sup>98</sup>. Il giudice deve mantenersi al margine della direttrici politiche prima menzionate, poiché la sua funzione non è quella di giudicare la convenienza politica di una determinata soluzione a un conflitto (per quello esiste il legislatore), ma quella di applicare il diritto e di salvaguardare le posizioni individuali che questo riconosce a ogni cittadino.

Come abbiamo visto, l'integrità è legata alla coerenza, poiché ha bisogno di presentare la pratica giuridica come una totalità basata su degli stessi principi. Il nostro autore sostiene che “il modo migliore di implementare la pratica giuridica basata sull'integrità è adottando sul piano dottrinale condizioni vere che trasformino in una questione interpretativa la loro domanda relativa a ciò che dice il diritto su qualsiasi questione. Una proposizione giuridica è vera, suggerisco, se si estrae da principi di morale personale e politica che forniscono la migliore interpretazione di altre proposizioni giuridiche generalmente considerate vere nella pratica giuridica contemporanea”<sup>99</sup>.

Per argomentazioni come quella precedente ci si è chiesto se Dworkin predica in realtà l'integrità inclusiva (che prende in considerazione, insieme alla coerenza “materiale” relativa ai principi di giustizia, la coerenza rispetto alla legislazione e alle decisioni giudiziali passate o coerenza “formale” della equità) o pura (che si basa unicamente sui principi di giustizia anche se questi non appaiono in decisioni passate o in testi normativi)<sup>100</sup>.

-----  
98. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, pp. 150 e 152.

99. Dworkin, R., *La justicia con toga*, op. cit., p. 24

100. In questo senso, e come segnala Delgado Pinto “l'integrità è diversa dalla semplice coerenza in senso stretto, la coerenza intesa come fedeltà rigida alle decisioni precedenti. Poiché la coerenza che richiede il valore dell'integrità si riferisce più ai principi che soggiacciono ai testi legali o alle linee di precedenti giudiziali che al significato immediato, o esplicito, delle regole contenute in essi. L'integrità esige che, nella misura del possibile, le norme sulle quali si regge la comunità si formulino e si interpretino e si applichino in modo che si mostri in esse uno schema unico e coerente di giustizia ed equità. Per soddisfare questa esigenza è possibile che in determinate occasioni un organo istituzionale debba prendere le distanze da una forma di interpretazione, o da una linea di decisioni precedenti, per essere fedele a certi principi che si considerano fondamentali per la coerenza del sistema come una totalità” (Delgado Pinto, J., *La noción de integridad en la teoría del Derecho de Ronald Dworkin, análisis y valoración*, op. cit., pp. 19-20).

Lo stesso Dworkin ammette che l'integrità più idealizzata (integrità pura) è irrealizzabile, anche se ipotizza un obiettivo al quale gli ordinamenti, partendo dall'integrità inclusiva, che raccoglie giustizia ed equità<sup>101</sup>, devono tendere. Negli ordinamenti attuali, proprio per promuovere l'integrità e la sicurezza giuridica, il diritto scritto e la giurisprudenza posseggono un ruolo fondamentale che si integra con quello dell'influenza dei principi morali. Dice lo stesso Dworkin che "le parole della legge che effettivamente sono state promulgate permettono che questo processo di interpretazione operi senza cadere nell'assurdo"<sup>102</sup> dato che disegna i limiti logici che il giudice non può oltrepassare, e dentro i quali dovranno rimanere le sue interpretazioni, allontanandolo dalla discrezionalità assoluta. Il giudice deve ricorrere ai "concetti di intenzione della legge e dei principi del diritto consuetudinario"<sup>103</sup> per interpretare i casi difficili.

Il valore di questi materiali si trova, come abbiamo già segnalato in precedenza, nell'equità che ordina di "trattare in modo simile i casi simili"<sup>104</sup>, e che deve essere soppesata con la giustizia al momento di decidere. Anzi, nel diritto anglosassone che Dworkin prende come riferimento, la forza del precedente "può essere superiore a quella della legge"<sup>105</sup>, dato che si può applicare a casi apparentemente molto diversi con un'identità di ragione, basata sugli "argomenti di principio"<sup>106</sup>.

L'integrità interessa allo stesso modo il giudice, il legislatore e il giurista in generale, poiché esiste un principio legislativo di integrità e un principio giurisdizionale di integrità. Il principio di "integrità nella legislazione" esige che coloro i quali creano le leggi "mantengano tale legge coerente in principio", e il principio di "integrità nell'aggiudicazione", che richiede a coloro che devono far compiere la legge "che la capiscano e la facciano compiere come

---

101. "L'integrità inclusiva ha bisogno di prendere in considerazione tutti i valori componenti: giustizia, equità e giusto processo nella relazione adeguata. L'integrità pura fa astrazione delle restrizioni che derivano dall'equità e dal giusto processo, e invita a ricostruire l'ordinamento come una totalità coerente a partire dai principi di giustizia che fluiscono dai suoi diversi rami e gli prestano unità. Il diritto attualmente vigente, il diritto per noi reale e concreto, è fissato dall'integrità inclusiva. Questo è il diritto per il giudice, il diritto che il giudice è obbligato a dichiarare e a far compiere. Tuttavia, questo diritto contiene *in nuce* un altro diritto più perfetto che è come la sua meta, definito dall'integrità pura. Consiste nell'insieme di principi di giustizia che offrono la migliore giustificazione delle norme vigenti, con astrazione dei requisiti e delle esigenze che impongono l'equità e il giusto processo" (Delgado Pinto, J., *La noción de integridad en la teoría del Derecho de Ronald Dworkin, análisis y valoración*, op. cit., p. 29).

102. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 182.

103. Ibid., p. 177.

104. Ibid., p. 185.

105. Ibid., p. 186.

106. Ibid., p. 188.

coerente nell'aggiudicazione"<sup>107</sup>. La chiave sta nel fatto che tutti i poteri cercano quell'interpretazione costruttiva, che mentre osserva il diritto lo migliora<sup>108</sup>, ricercata da Dworkin.

L'integrità non distrugge l'autonomia del legislatore, sebbene la restringa, poiché "il legislatore non può agire in materie o questioni di *"policy"* con totale libertà, perché perfino in questo ambito deve rispettare i diritti fondamentali delle persone che operano come "trionfi" rispetto a qualsiasi legislazione che voglia ignorarli per favorire l'interesse generale. Tuttavia, rispettando questo importante limite, il legislativo dispone di un ampio margine d'azione che gli permette di adottare misure attraverso le quali crea dei diritti nuovi che i cittadini non possedevano precedentemente, o gli impone doveri che prima non gli gravavano"<sup>109</sup>. Come possiamo vedere, la teoria di Dworkin è un' eccellente spiegazione dei due pilastri essenziali del neocostituzionalismo: la radice morale del diritto, l'embricazione di tale morale in un sistema giuridico-positivo attraverso i principi e la necessità che questi lo ispirino per assicurare un trattamento eguale ad ogni persona, e allo stesso tempo rispettoso della sua dignità.

Il nostro autore è accusato di difendere un falso "naturalismo linguistico"<sup>110</sup> a conseguenza della sua tesi sull'integrità, dell'ampio ruolo che concede al ragionamento pratico e all'enorme

---

107. Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 125. "Lo spirito di integrità che depositiamo nella fraternità, si vedrebbe oltraggiato se Hércules prendesse la sua decisione in un altro modo che non fosse quello di scegliere l'interpretazione che considera migliore dal punto di vista della moralità politica. Accettiamo l'integrità come un ideale politico perché vogliamo trattare la nostra comunità come una comunità di principio, e i cittadini di una comunità di principio non solo puntano a principi semplici, come se l'uniformità fosse l'unica cosa che volessero, ma ai migliori principi comuni che la politica possa trovare. L'integrità è diversa dalla giustizia e dall'equità, però è unita ad esse in questo modo: l'integrità ha senso solo tra persone che vogliono integrità e giustizia" (Ibid, p. 189).

108. "L'integrità (universalizzabilità) implica una lettura "morale" dei principi; ciò significa sia che dei principi viene fornita la migliore interpretazione, sia che essi vengono adattati alla peculiarità dei casi. La connessione diritto/morale comporta, a livello interpretativo, che la decisione debba basarsi sia sulla congruenza (adeguatezza) dei principi della comunità, sia sulle esigenze di giustizia poste dai diversi casi" (Bongiovanni, G., *Teorie costituzionalistiche del diritto. Morale, diritto e interpretazione* in R. Alexy e R. Dworkin, op. cit., p. 120).

L'obiettivo dell'interpretazione costruttivista "è presentare il proprio oggetto come il migliore elemento possibile del genere al quale si considera che appartiene" (Lifante Vidal, I., *La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del derecho a partir de casos*, in *Jueces para la Democracia* n° 36, 1999, p.43).

Per Dworkin "ogni enunciato che afferma quello che costituisce diritto in una materia determinata implica un giudizio morale, perché le proposizioni del diritto sono vere solamente se si seguono, come una conclusione di altre premesse unite a un insieme di principi; e se questi principi sono quelli che meglio si adattano al diritto stabilito – identificato a sua volta con riferimenti alle fonti sociali – e proporzionano insieme la migliore giustificazione morale di questo diritto (...) carattere olistico integratore della teoria di Dworkin (...) servono allo stesso modo per identificare il diritto e per fornire la sua giustificazione morale" (Salmerón, F., *Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin*, in Roberto Vazquez (comp.), *Derecho y moral, ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona 1998, p. 107).

109. Delgado Pinto, J., *La noción de integridad en la teoría del Derecho de Ronald Dworkin, análisis y valoración*, op. cit., p. 32. Si vedano anche pp. 18 e 19.

fiducia che deposita su di esso. Tuttavia, e nonostante il possibile eccesso che può sopporre la sua tesi dell'unica risposta corretta (che tratteremo nell'ultimo capitolo di questa opera), queste imputazioni sono senza dubbio eccessive.

Nonostante i diversi significati che uno stesso termine può avere in diversi ambiti, esiste un nucleo essenziale, logicamente necessario, che non si può ovviare, e che riduce notevolmente il margine d'azione del giudice. In casi particolarmente dubbiosi potrà vacillare, risultando difficile chiarire quale sia la soluzione adeguata, però nella maggioranza degli stessi l'idea oggettiva del valore o dei valori in conflitto, interpretata in base a ciò che non riguarda il suo nucleo essenziale alla luce della morale giuridica comunemente accettata dalla società, aumenta le possibilità di correttezza della risposta giuridica. Rimandiamo all'ultimo capitolo di questa tesi la trattazione della discrezionalità giudiziale.

## **2. Che valori possono costituire la radice morale del diritto?**

### **2.1. Un'introduzione generale**

Nel punto precedente abbiamo visto che le ragioni morali sono generalmente considerate come ragioni ultime, supreme, che devono disciplinare il comportamento umano al di sopra di qualsiasi altro interesse o preferenza. E l'ambito giuridico non è, almeno dalla prospettiva di gran parte della dottrina, un'eccezione. Secondo le parole di Arcos Ramírez, "il diritto diventa possibile in virtù di norme che non fanno parte dello stesso"<sup>111</sup>.

Il generalizzato interesse della stragrande maggioranza di società presenti e passati per il discorso morale dimostra che la sua comprensione e il suo sviluppo vanno inesorabilmente

-----  
110. "Dworkin dovrebbe mettere in evidenza, dunque, che in quanto al diritto le tesi seguenti sono sbagliate, per quanto siano unanimemente riconosciute come certe tra i linguisti: a) che il senso delle espressioni linguistiche è oscillante, poiché dipende da chi siano i locutori, perfino in seno ad uno stesso uditorio; b) che il loro uso risulta da svariate convenzioni, le quali possono anche, nel loro caso, contraddirsi le une con le altre; c) che, in questo modo, complessi intrecci di fasce di significati eterogenei possano formare uno stesso discorso; d) e che, come conseguenza di tutto questo, si producano modi *distinti* di intendere questa o quella parte di un discorso dato, in modo che tra le diverse interpretazioni presenti una non è più "vera" delle altre, ma semplicemente alcune sono più o meno *comuni* per il linguaggio considerato, o eventualmente più o meno *convenienti* in vista della finalità che si sceglie. In sintesi: policonvenzionalità nell'uso del linguaggio, multifunzionalità di questo, ampi gradi di indeterminazioni dovute a intrecci di senso in ogni discorso, antinomie tra i giochi linguistici utilizzati per interpretare, etc..." (Haba, Enrique P., *Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho: el Bluff Dworkin*, in *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 24, 2001, p. 26).

111. Arcos Ramírez, F., *Una defensa de la moral interna del derecho*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año n. 4, N° 7, 1999, p. 38.

legati alla natura umana. Fernández García evidenzia che “il diritto è strutturalmente morale perché ogni ordinamento giuridico rappresenta un punto di vista sulla giustizia”<sup>112</sup>. Siamo esseri morali, ma al momento di osservare i fondamenti validi di tale moralità, le discrepanze tra culture (e perfino tra individui di una stessa cultura) sono notorie.

Avendo già analizzato nel punto precedente il ruolo che deve avere la morale come fondamento e limite del diritto, vogliamo dedicare questo punto a chiarire quale morale, che tipo di principi e di valori posseggono l'importanza sufficiente per costituirsi in fonte ispiratrice di ciò che è giuridico. Citando autori come Alexy, abbiamo alluso in modo superficiale ai diritti fondamentali, che riflettono la dignità della persona, come misura del diritto giusto, una massima inerente al neocostituzionalismo. Nei seguenti paragrafi analizzeremo il loro contenuto materiale e approfondiremo i motivi che ci conducono a definirli in questo modo, analizzandoli nel quadro di una visione giusrazionalista e paragonandoli ad altre possibili fonti di legittimità del diritto come la consuetudine o l'utilità. In tal modo vogliamo descrivere e analizzare i valori sui quali si fonda la maggior parte dei sistemi giuridici neocostituzionalisti.

Iniziamo riferendoci al concetto di “morale” e ai suoi possibili significati. Il termine “morale” è chiaramente polisemico, e come è ovvio non tutte le sue possibili accezioni sono rilevanti agli effetti di cui ci occupiamo. Vediamo a continuazione la classificazione riguardo ai significati della “morale” che realizza Pozzolo<sup>113</sup>:

- In un primo senso, la morale individuale si costituisce dall'insieme di principi che ogni soggetto sceglie per decidere ciò che è giusto. I condizionamenti storici e culturali nella configurazione di questa morale sono una costante, sebbene la razionalità e lo spirito critico dell'individuo possano ridurli.

- In secondo luogo, la morale positiva rimanda all'idea che un determinato gruppo o collettivo (e non solo un soggetto) possiede del bene e del male. Lo stesso tipo di vincoli sopra esposto opera in questa manifestazione della morale.

- In terzo luogo, la morale concertata si riferisce ai principi che reggono il comportamento umano, “elaborati attraverso un dibattito intersoggettivo condotto secondo regole predeterminate, in rapporto all'idea che hanno i partecipanti nel dibattito del bene e del male”<sup>114</sup>. Questa morale, a differenza di quella positiva, non solo è osservata da una comunità,

---

112. Fernández García, E., *Ética, Derecho y Política. ¿El Derecho positivo debe basarse en una ética?*, in *Documentación social*, n° 83, p. 60.

113. Pozzolo, S., *Un constitucionalismo ambiguo*, in AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp. 196-198.

114. Ibid., p. 197.



ma si genera in modo specifico e volontario mediante atti umani rivolti ad esso (per esempio un patto sui diritti umani). All'interno di essa, Pozzolo include la morale critica, che è costituita dai giudizi etici formati "in condizioni ideali di onniscienza e tranquillità sulla base di principi di universalizzazione"<sup>115</sup>, e che rappresenta la sublimazione dei risultati del dibattito morale.

- Infine, la morale universale o oggettiva rappresenta l'insieme di principi relativi al comportamento umano giusti in se stessi. La morale universale è, per chi crede nella sua esistenza, indipendente da ogni condizionamento culturale, religioso o ideologico, poiché dalla notte dei tempi è stato l'unico e l'inalterabile criterio di correttezza al momento di operare.

È chiaro che la morale individuale e quella positiva sono, inizialmente, incompatibili con il tipo di fondamento morale che richiede il diritto. Le preferenze di un individuo o di un gruppo sociale devono essere rispettate se non conculcano nessun diritto fondamentale o non suppongono una violazione inammissibile della legge, però mancano di legittimità per imporsi al resto della società. Nonostante la morale possa orientare l'interpretazione di determinati principi costituzionali quando riflette l'*ethos* sociale del momento storico. In questi casi (e non quando si limiti a rappresentare l'ideologia di un settore sociale) è ammissibile il suo uso come fonte informativa, poiché ciò che riflette non è che una volontà popolare pienamente compatibile con la costituzione.

La morale concertata, al contrario, possiede la legittimità dell'accordo, della concertazione di volontà di coloro che, in quanto titolari della sovranità, hanno diritto a configurare l'ordinamento giuridico del proprio Stato. Proprio attraverso un accordo di base tra il popolo sorge la costituzione, ed è proprio questo accordo una delle sue fonti di legittimità. La seconda nasce, come abbiamo già indicato in altre parti di quest'opera, dalla sua connessione con la morale universale.

Senza voler promuovere un modello di diritto naturale che invada totalmente l'ordinamento giuridico, annullando la libertà del legislatore all'imporgli un unico comportamento in tutti gli ambiti di sua competenza, sì dobbiamo dire che un diritto pattuito non è legittimo quando viola determinati valori e beni sacri, tutti relativi alla dignità della persona, aspetto che esporremo più avanti in questo stesso punto. È vero che nelle attuali costituzioni si raccolgono in gran parte (anche se non completamente) queste esigenze di giustizia, ma la loro materializzazione negli ordinamenti è sicuramente carente, soprattutto in quanto al rispetto dei diritti sociali.

---

115. Pozzolo, S., *Un constitucionalismo ambiguo*, in AA. VV., *Neocostitucionalismo(s)*, op. cit., p. 197.

Proprio per questo, non possiamo cadere nella visione del neocostituzionalismo come di un nuovo positivismo, considerando verità assoluta i principi costituzionali visti dall'ottica del governo di turno. Questi principi, così come indicavamo già nel precedente punto di questo capitolo, sono preziosi perché provengono da un patto costituente, ma anche, e in forma inesorabile, trovano la loro legittimità nella giustizia del loro contenuto.

Analizzeremo, dunque, i contenuti materiali che dovrebbero fondare questa morale giuridica, ricercando le loro fonti e le loro caratteristiche. La giustificazione di queste ragioni morali è un obiettivo che si persegue da varie prospettive, tra loro chiaramente contraddittorie. C'è chi basa la morale sull'interesse sociale, dimenticando che tale interesse, in fondo, è definito da una prospettiva morale (indipendentemente dalla qualità morale della prospettiva). Altri la collocano nell'intuizione morale, nell'egoismo, nella consuetudine, nella natura biologica dell'uomo, nella volontà divina<sup>116</sup>, o nella stessa dignità della persona spiegata attraverso l'osservazione delle qualità più eccelse e genuinamente umane dell'individuo, nella ragione e nel dialogo sociale. A continuazione esporremo alcuni dei più caratteristici esempi di ognuna di queste posizioni.

## **2.2. Intuizionismo, comunitarismo e utilitarismo**

Una delle posizioni più ferree nella difesa dell'esistenza di un catalogo di valori oggettivi è costituita dall'intuizionismo morale, accettato da autori come Scheler. Secondo questa posizione, i valori esistono e si possono conoscere non attraverso l'osservazione empirica e la ragione, ma attraverso l'intuizione degli stessi che si basa sul “sentire, preferire, in ultima istanza sull'amare e sull'odiare, così come anche sulla connessione dei valori, il suo essere superiore e inferiore, vale a dire, sulla conoscenza etica”, attraverso “funzioni e atti specifici che sono diversi *toto coelo* da ogni percezione e pensiero, e costituiscono l'unico accesso possibile al mondo dei valori”<sup>117</sup>.

Contro questa tesi, Rawls sostiene che una concezione intuizionista della giustizia è “una concezione a metà. Dobbiamo fare ciò che possiamo allo scopo di formulare principi espliciti

---

116. Alexy, riferendosi ai diritti umani come fondamento della morale giuridica, evidenzia, tra le altre tesi sulla loro giustificazione, i fondamenti religiosi (sono frutto della dignità che Dio dà all'uomo), biologici (sono un mezzo evolutivo per fomentare la cooperazione e la sopravvivenza), intuitivi (basano la loro esistenza sulla semplice evidenza che non ha bisogno di argomentazione), consensuali (frutto dell'accordo collettivo), strumentali (servono all'utilità individuale) o culturali (li basa sulla tradizione) (Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, op.cit., pp. 82 e segg.).

117. Questo si può vedere nell'opera di Scheler M., *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik. Neuer Versuch der Grundlegung einer ethischen Personalismus*, *Gesammelte Werke*, tomo 2, ed. di Maria Scheler e Manfred Frings, Berna/Munich: Francke 2000, p. 195, citata da Nino in *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*.

rispetto al problema della priorità, anche quando non si possa eliminare completamente la nostra dipendenza dall'intuizione"<sup>118</sup>. L'autore persegue una concezione della giustizia che, per quanto ricorra all'intuizione, all'etica o alla prudenza, è tesa ad ottenere che i nostri giudizi sulla giustizia concordino per il loro comune carattere razionale<sup>119</sup>.

La giustificazione dell'anteposizione dei sentimenti e intuizioni a una morale razionale e rispettosa del valore dell'uomo, che afferma Scheler, può essere tollerabile nell'ambito del privato, però qui ci stiamo riferendo alla giustificazione morale del diritto, una dimensione la cui importanza vitale per il corretto sviluppo della società obbliga a esigere un rispetto assoluto della norma giuridica e dei principi morali che la ispirano, cosa che può derivare solo da un assoluto rigore nella sua elaborazione.

In questo contesto, le passioni o le ambizioni contrarie alla morale che potrebbero essere tollerabili in altri ambiti (per esempio, quando l'azione immorale non causi danni a terzi o gli arrechi un danno di quelli che Stuart Mill considerava non perseguibili indipendentemente dagli effetti negativi che possano produrre<sup>120</sup>), rimangono drasticamente proscritti, e il compimento della legge (legge che a sua volta deve considerare tutti i cittadini come liberi, eguali e aventi dei diritti basilari), diventa indispensabile. Non si cerca la santità dei cittadini, né degli organi

-----  
118. Rawl, J., *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1997, p. 51.

Appellarsi a qualcosa di così soggettivo come l'intuizione, tralasciando l'argomentazione, equivale a privare del fondamento imprescindibile la morale. Come spiega Alexy "Di fronte all'evidenza che diverse persone vivono esperienze diverse, l'intuizionismo non presenta nessun criterio per distinguere quelle corrette da quelle false, quelle autentiche da quelle non autentiche" (Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, p. 56).

Sulla stessa linea Nino afferma che "Se non confidiamo ciecamente nell'intuizione in ambiti dove essa compete con l'osservazione empirica (solo un matto andrebbe a richiedere il premio per un cavallo che ha visto con i propri occhi arrivare per ultimo, ma che secondo la sua intuizione avrebbe vinto la corsa), perché dovremmo avere fiducia nell'intuizione quando non possiamo ricorrere all'esperienza empirica come ultimo tribunale di appello riguardo alla verità di una proposizione?" (Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición ampliada y revisada, Ed. Astrea, Buenos Aires 2003, p. 361).

La semplice adesione viscerale a determinati valori non comporta la sua validità, che deve essere dimostrabile sulla base di un codice morale, il quale sicuramente deve essere spiegato ricorrendo al senso innato di giustizia che ogni essere umano possiede, ma anche alla riflessione collettiva e al rigore argomentativo frutto dell'analisi dettagliata di ciò che deve essere l'etica giuridicamente vincolante. "È estremamente difficile dare anche solo una visione coerente dei nostri diritti più conosciuti. Perfino (...) durante i momenti di maggiore chiarezza, i diritti hanno bisogno della descrizione filosofica; tanto più potranno averne durante i periodi di oscurità" (Scarry, E., *Sobre la filosofía y los derechos humanos*, in AA.VV., *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Ronald C. Slye (coord.), Gedisa, Barcelona 2004, p. 95).

119. Rawl, J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p.54.

120. Mill riconosce che "gli atti di un individuo possono essere pregiudizievoli per un altro, o non avere la dovuta considerazione verso il suo benessere, senza arrivare alla violazione di nessuno dei suoi diritti costituiti. L'offensore può dunque essere giustamente punito dall'opinione, ma non dalla legge" (Mill, S., *Sobre la libertad*, trad. de Pablo de Azcárate, Alianza Editorial, Madrid 2005, p. 153).

Questo è il caso, per esempio, dell'adulterio o del tradimento di un'amicizia, o perfino di atti non immorali come ottenere un posto in un concorso lasciando fuori gli altri.

statali, ma soltanto che compiano gli obblighi che per giustizia gli si possano esigere in virtù del loro dovere di rispetto, attraverso azioni e omissioni, dei diritti dei loro simili. E tale dovere di rispetto trova uno dei pilastri della sua legittimazione nel rigore razionale e nel dialogo da cui deve nascere.

Altri autori come Williams rifiutano anche il carattere metaetico dei principi morali, considerando che l'individuo si trova drasticamente condizionato dai propri interessi, desideri, valori personali e credenze. Questo autore<sup>121</sup>, da una prospettiva comunitarista, antepone realtà come la cultura al carattere supremo della moralità, e ammette il condizionamento morale come conseguenza del fatto che i "concetti densi" su cui si basa la conoscenza etica (coraggio, onestà, etc...) abbiano un significato molto diverso in ogni comunità umana (per esempio in certe tribù africane si considera un simbolo di coraggio dare il colpo di grazia al guerriero rivale ferito e strappargli la testa). Sostituire questi "concetti densi" con concetti etico-generalisti che non sono capaci di adattarsi alle realtà morali vere come quella di una cultura è, per questo autore, una perdita di tempo che non conduce a nulla<sup>122</sup>. Questa tesi si riflette chiaramente nella metafora di Devlin, che parla del sentimento dell' "uomo dell'autobus" per definire l'ethos sociale associandolo non a ciò che pensa l'uomo razionale, ma a ciò che sente l'uomo dalla "mente retta"<sup>123</sup>, vale a dire, il prototipo di uomo dalle "buone maniere" della sua società. Ciononostante Williams non rinuncia al fatto che si possa raggiungere un vincolo morale condiviso, una vita etica avallata dal consenso.

La posizione di Williams, come vediamo, è rappresentante del comunitarismo relativista quando associa i principi morali dell'individuo ai suoi valori e alle sue credenze culturali, senza

-----  
121. Williams, B., *Ethics and the limits of philosophy*, London, 1985, citato da Nino in *Ética y Derechos Humanos*.

122. Williams relativizza il valore dei diritti umani anteponendo alla vigenza universale e omogenea l'ethos di ogni cultura. Così, e in risposta ai difensori della società democratica come unica valida e capace di garantire la pace e il consenso, Williams afferma che "I tanti che vogliono l'accordo e la coesistenza e che di fatto ne godono, non condividono le aspirazioni dell'autonomia" (Williams, B., *En el comienzo era el acto*, in AA.VV., *Democracia deliberativa y derechos humanos*, op. cit., p. 69). L'autore afferma che il liberalismo non vale meno di nessun'altra nozione, ma non è neanche migliore (Ibid., p. 71). Continuando con il suo discorso, Williams riconosce che gli attacchi più chiari ai diritti umani sono autoevidenti (Ibid., p.74), ma quando situazioni come la subordinazione della donna sono ampiamente accettate nella società "sebbene vediamo che il declino di tali credenze rappresenta una forma di liberazione, potremmo essere meno avidi nell'insistere che questa forma di vita costituisca una violazione dei diritti umani" (Ibid., p.75).

Autori come Sandel condividono questa posizione mettendo in evidenza la "rilevanza costitutiva dell'appartenenza a una comunità per l'identità personale" (Nino, C. S., *Derecho moral y política*, vol. I, op.cit., p. 35).

123. Malem, J., *La imposición de la moral por el Derecho. La disputa Devlin-Hart*, in AA.VV., *Derecho y moral, ensayos sobre un debate contemporáneo*, Roberto Vázquez (comp.) Gedisa, Barcelona 1998, p. 63.

rimandare a una fonte più oggettiva<sup>124</sup>. L'imposizione di un *ethos* sociale che assorbe l'autonomia soggettiva e subordina l'individuo ai fini che cultura, religione, tradizione o qualsiasi altra fonte che nutra questo *ethos* impongano, è la caratteristica centrale del comunitarismo.

Questa dottrina prospetta, senza dubbio, numerosi rischi. In primo luogo, e come nota Nino, "se i diritti sono solo dei mezzi per soddisfare qualche concezione di ciò che è buono, perché non prescindere dai diritti quando questi turbano tale soddisfazione che può essere raggiunta più efficacemente in un altro modo?". In secondo luogo, il comunitarismo può generare "comportamenti tribali o nazionalistici" che degenerano in conflitti con altri popoli. Infine dà adito a un "relativismo conservatore che, da un lato, è incapace di risolvere dei conflitti tra coloro che si appellano a tradizioni o pratiche diverse e, dall'altro lato, non permette la valutazione di tali tradizioni o pratiche nel contesto di una società, giacché la valutazione presupporrebbe tali pratiche e non è possibile discriminare tra pratiche di valore o non di valore senza tener conto di principi morali che siano indipendenti da esse"<sup>125</sup>.

La visione relativista tradizionale commette l'errore di conferire un'eccessiva importanza a manifestazioni puntuali di un fenomeno come quello morale che si trova in costante progressione, è comune a tutta l'Umanità e non può ridursi a ciò che culturalmente o ideologicamente ci sembra più adeguato, paragonandolo alla giustizia assoluta. Ogni istituzione, modello sociale o consuetudine persegue forme ideali di comportamento, però non può identificarsi pienamente e in modo assoluto con esse, considerandole il culmine dello sviluppo, poiché è più che probabile la loro insufficienza etica, anche quando sia soltanto lieve. Inoltre, il condizionamento dell'individuo caratteristica del comunitarismo si rivela inaccettabile, così come esporremo più avanti.

Tralasciando il comunitarismo, dobbiamo segnalare che esistono altre dottrine come l'utilitarismo, la cui filosofia si centra sull'utilità collettiva anteponeandola a criteri di giustizia estranei al risultato pratico. Nell'utilitarismo classico non si perseguono ideali come la patria o

---

124. Il comunitarismo è un'altra delle grandi teorie riguardo al fondamento morale del diritto. I suoi tratti generali sono definiti da Nino nel seguente modo: "In primo luogo, la derivazione dei principi di giustizia e la correttezza morale di una certa concezione di ciò che è buono. In secondo luogo, una concezione di ciò che è buono in cui l'elemento sociale è centrale e perfino prevalente. In terzo luogo, una relativizzazione dei diritti e degli obblighi degli individui nei confronti delle particolarità delle loro relazioni con altri individui, della loro posizione nella società, e delle peculiarità di questa. Infine, una dipendenza dalla *critica* morale rispetto alla *pratica* morale di ogni società, così come essa si manifesta nelle tradizioni, nelle convenzioni e nelle istituzioni sociali" (Nino, C. S., *Liberalismo "versus" comunitarismo*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 1, 1988, pp. 366-367).

125. Nino, C. S., *Liberalismo "versus" comunitarismo*, op. cit., p. 367.

la religione che ispirano il comunitarismo, ma si ricerca soltanto il benessere e l'utilità generale (cioè, della maggioranza). In tal modo, si ritiene che le risorse si debbano investire in progetti che danno beneficio alla maggioranza, o che un farmaco debba somministrarsi ai malati più gravi. Dworkin<sup>126</sup> rifiuta questa prospettiva non solo perché elimina la trave maestra di ogni società democratica e giusta, che è il riconoscimento di alcuni diritti inalienabili e non condizionabili a ogni cittadino, ma perché è incapace di garantire perfino lo stesso modello di utilità che predica<sup>127</sup>.

Autori come Charles Taylor cercano di difendere l'utilitarismo presentando una supposta incompatibilità tra la difesa dei diritti individuali e il mantenimento delle condizioni sociali e giuridiche che permettono tale difesa. Charles Taylor vuole respingere le tesi che antepongono i diritti individuali all'utilità generale, argomentando che è imprescindibile subordinarli alla difesa della società affinché questa sia realizzabile<sup>128</sup>.

Tuttavia, Taylor ignora che è possibile rendere compatibile la difesa della società e la salvaguardia dei diritti individuali e, anzitutto, che tali diritti sono proprietà intoccabile di ognuno dei suoi titolari, per cui non esiste legittimità morale che li riguardi, se non per strette

---

126. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 341 e segg.

127. E quindi il cittadino non solo tende a soddisfare le proprie "preferenze personali" votando a favore di ciò che considera meglio per sé, ma agisce mosso da "preferenze esterne"<sup>136</sup>, che molte volte lo portano a votare contro gli interessi di quei collettivi che rifiuta (caso delle motivazioni razziste) o per imporre la propria morale al resto (caso delle "preferenze moralistiche"). Questo distrugge l'uguaglianza tra cittadini al di là dei semplici (e già nocivi) effetti dell'egoismo personale, poiché i collettivi maggioritari possono impiegare il loro voto per pregiudicare gli emarginati, i quali, non godendo di diritti individuali collocati al di sopra delle preferenze collettive, si vedrebbero indifesi (Ibid., pp. 342 e 343).

128. Taylor utilizza il seguente ragionamento: "1) L'assegnazione di diritti si fa in funzione del riconoscimento di certe capacità, come quella di esprimere opinioni, sviluppare una vita spirituale, sentire piacere e dolore, etc... I liberali potrebbero voler bloccare questo movimento adducendo il caso dei bambini o dei comatosi, però devono desistere subito se gli si chiede perché non assegnino diritti anche alle pietre e alle nuvole. Dunque, devono ammettere che nei bambini la capacità potenziale è rilevante e che nel caso dei comatosi, o non hanno diritti o questi gli vengono assegnati per motivi speciali (come per rispetto a ciò che è normalmente un ricettacolo adeguato per queste capacità; per creare una barriera di protezione che impedisca errori o abusi in altri casi; in funzione dei diritti di altra gente, etc...). 2) Tuttavia per assegnare diritti non basta riconoscere certe capacità; bisogna considerarle, inoltre, di valore, distinguendole così da altre che non costituiscono fondamento di diritti. 3) Se qualcosa è di valore esiste il dovere di proteggerla e di espanderla, materializzando le condizioni dalle quali dipende tale protezione ed espansione. 4) La maggioranza, se non tutte, delle capacità umane da cui dipende l'assegnazione di diritti è condizionata dall'appartenenza a una società: essa ha bisogno di prendere in considerazione strumenti come il linguaggio, gli schemi concettuali o le istituzioni che sono inerentemente sociali. Il liberalismo può voler anche bloccare questo passaggio, sia mediante la limitazione delle capacità rilevanti a quella di sentir dolore o piacere, o sia attraverso il fatto di limitare il vincolo associativo con gruppi consensuali come la famiglia; però la capacità di sentenza sembra essere insufficiente per fondare un insieme ampio di diritti, che in ogni caso possono solo ridursi a una capacità ampia come quella di scegliere progetti di vita, e le associazioni consensuali non sembrano sufficienti a sviluppare le capacità rilevanti. La conclusione di questo ragionamento è, certamente, che l'assegnazione di diritti individuali presuppone il dovere di preservare i vincoli con la società che rende possibile lo sviluppo delle capacità di valore che soggiacciono ai diritti. Il liberalismo si contraddice quando dà priorità ai diritti sui doveri relazionati con la protezione della società che li rende possibili" (Nino, C. S., *Liberalismo "versus" comunitarismo*, op. cit., pp. 364-365).

ragioni di giustizia. Un sistema dove il contenuto essenziale di ogni diritto sia rispettato per ogni cittadino è mille volte migliore di un altro in cui si esalti il godimento di certi diritti molto più in là dei loro limiti essenziali a costo che un settore della popolazione veda conculcata la propria dignità<sup>129</sup>.

## **2. 3. Una visione liberale egualitaria del fondamento morale del diritto**

### **2. 3. 1. Libertà ed eguaglianza come pilastri della dignità umana, pietra angolare del diritto valido**

Numerosi giuristi e filosofi del diritto ritengono, contrariamente alle precedenti posizioni, che esiste un'oggettività morale di base, almeno nell'ambito della moralità che si relaziona con ciò che è giuridico. Le tesi liberali-egualitarie (radice del neocostituzionalismo), alle quali adesso ci riferiamo, partono dalla base che l'essere umano possiede la capacità di discernere di per sé (o essere persuaso per farlo mediante la discussione filosofica) quali siano i principi morali giusti, dei principi morali basati sulla libertà e il diritto al libero sviluppo della personalità mediante la promozione delle condizioni che lo permettano. Secondo le parole di Rawls, "possiamo supporre che ognuno porta in sé stesso la forma integra di una teoria di giustizia", una situazione che spiega mediante la sua teoria della posizione originaria che non tratteremo qui per non trascendere i limiti del nostro studio<sup>130</sup>.

Osserviamo le linee generali delle tesi liberali secondo il pensiero di MacIntyre, il quale "rileva i seguenti cinque tratti distintivi del liberalismo, soprattutto nella sua variante kantiana. Essi sono: primo, l'idea che la morale è costituita fondamentalmente da regole che sarebbero accettate da qualsiasi individuo razionale in circostanze ideali; in secondo luogo, il requisito che tali regole siano neutrali rispetto agli interessi degli individui; in terzo luogo, l'esigenza che i modelli morali siano anche neutrali in relazione alle concezioni di quanto di buono gli individui possano sostenere; in quarto luogo, che gli agenti morali destinatari di queste regole siano gli

-----  
129. Così Rawls afferma che "le risorse per l'educazione non si assegneranno unicamente né necessariamente secondo ciò che in modo prevedibile possano rendere come capacità produttive, ma anche secondo il valore che abbiano come mezzi che arricchiscono la vita personale e sociale dei cittadini, includendo qui i meno avvantaggiati (Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op.cit., p. 109). Come ben afferma Nino "l'autonomia è preziosa nella misura in cui beneficia gli individui, e dato che questi sono indipendenti e separati, l'autonomia non viene valutata impersonalmente in forma aggregativa. Questo vuol dire che non è oggettivamente di valore l'aumento o l'esercizio dell'autonomia di un individuo che si fa a spese di altri individui che abbiano una minore autonomia rispetto al primo. Questo esclude il valore impersonale dello sviluppo delle capacità che implicano danni a terzi. Se l'autonomia non è oggettivamente di valore, se non si distribuisce in una forma imparzialmente accettabile, non lo è neanche la realizzazione personale ottenuta attraverso questa autonomia" (Nino, C. S., *Liberalismo "versus" comunitarismo*, op. cit., p. 375).

130. Possiamo vedere una buona esposizione di questa tesi, in Caballero, J. F., *La Teoría de la Justicia de John Rawls*, in *Voces y contextos*, Año nº 1, Nº 2, 2006, pp. 6 e segg.

individui umani e non, perciò, enti collettivi; e infine, l'esigenza che le regole morali siano applicate allo stesso modo a tutti gli individui umani, qualunque sia il loro contesto sociale"<sup>131</sup>.

Imbocchiamo il sentiero dei pensatori liberali, incentrandoci sul pensiero liberale-egualitario. Rawls basa il diritto giusto sulle convinzioni morali implicite in una cultura democratica pubblica, delle condizioni che coincidono con un trattamento giusto ed equo per il cittadino<sup>132</sup>. L'autore, tuttavia, è cosciente dell'importanza dei condizionamenti culturali, quando afferma che è impossibile ottenere un concetto di giustizia accettabile da qualsiasi società, incluse da quelle che si trovano incatenate alla violenza, al fanatismo e all'incultura. Questo non si rivela incoerente rispetto alla sue precedenti affermazioni sull'oggettività morale, poiché in esse ammette la possibilità che un individuo non raggiunga, nonostante le sue capacità originarie, la comprensione morale a cui allude, giacché la realtà del suo intorno può perfettamente intrappolarlo nel sottosviluppo e nell'oscurantismo, sebbene questa persona, in un ambito sociale sufficientemente avanzato, avrebbe raggiunto una conoscenza adeguata della giustizia.

Inoltre, perfino tra coloro che dicono di accettare gli stessi valori di giustizia, il consenso pieno nel suo sviluppo e nella sua applicazione, non è sempre un compito semplice<sup>133</sup>. Ciononostante, sebbene sia impossibile ottenere un pieno consenso morale tra filosofie, ideologie e religioni, sì che si può costruire un consenso sovrapposto basato sulle intuizioni incluse nella cultura democratica e applicato soltanto alla struttura di base della società e della vita pubblica, come uno schema volontario di cooperazione tra individui liberi ed eguali che, nell'ambito della morale privata, possono discrepare perfettamente. La necessità del consenso morale è, dunque, una costante nel pensiero di Rawls. L'autore sostiene che "i principi di giustizia (...) dovranno essere quelli che i cittadini potranno affermare in comune nonostante il

-----  
131. Nino, C. S., *Liberalismo "versus" comunitarismo*, op. cit., p. 364.

132. "Così, dice Rawls, tutti sarebbero d'accordo nell'affermare che le istituzioni sono giuste quando attribuiscono diritti e doveri "senza distinzioni arbitrarie" e determinano "una distribuzione adeguata dei benefici e delle cariche della cooperazione sociale". I principi della "giustizia come equità" sono una specificazione di tali convinzioni astratte. A sua volta, la giustificazione ultima dei principi dipende dalla loro capacità di dar conto di certe intuizioni particolari sulla giustizia che ogni cittadino democratico condivide -per esempio, che le intuizioni basate sull'intolleranza religiosa o la discriminazione razziale sono ingiuste-. Lo scopo finale è quello di difendere "una" teoria della giustizia, presentandola come il miglior sviluppo possibile del "nostro senso della giustizia", il quale suppone di aver raggiunto un "equilibrio riflessivo" tra la teoria e le nostre intuizioni sulla giustizia, in tutti i livelli della maggioranza. La teoria della giustizia di Rawls non vuole definire il concetto di giustizia, ma vuole piuttosto difendere una concreta concezione di tale concetto." (Melero de la Torre, M. C., *La razón jurídica como modelo de razón pública: Rawls, Dworkin y el Derecho*, in *Enrahonar: Quaderns de filosofia*, n° 43, 2009, p.85).

133. Per Rawls, "il fatto che usiamo lo stesso concetto di giustizia non ci permette di assicurare che condividiamo qualche giudizio di base riguardo a ciò che rende giuste o ingiuste le istituzioni. Per questo il nostro filosofo raccomanda di elaborare il concetto astratto di giustizia cercando di raggiungere un equilibrio riflessivo tra i principi di giustizia che uno propone e i giudizi concreti sulla giustizia che tutti condividiamo." (Ibid., p.86).



loro ragionevole disaccordo. Inoltre, le ragioni per confermare i principi dovranno provenire non unicamente dalle diverse prospettive comprensive di ogni cittadino, ma anche, e fondamentalmente da un punto di vista comune a tutti loro”<sup>134</sup>. Così si potrà costruire la giustizia sociale, che è “il modo in cui le grandi istituzioni sociali distribuiscono i diritti e i doveri fondamentali e determinano la divisione dei vantaggi provenienti dalla cooperazione sociale”<sup>135</sup>.

Nel paragrafo precedente non ci siamo riferiti a un punto di vista comune a tutti i cittadini, allo stesso livello di qualsiasi altro, ma a una concezione morale piena che possiede un oggetto morale e un fondamento morale precisi. Dobbiamo considerare che stavamo parlando di un ambito in cui si produce un potere di coercizione che limita la libertà del cittadino obbligandolo a compiere certe norme, per cui è logico esigere per lui un *plus* di oggettività e di giustificazione. Rawls suppone che questo “terreno comune” consista nelle “idee latenti” nella cultura politica democratica, la quale comprende, oltre a quanto già segnalato, “le istituzioni politiche di un regime costituzionale e le tradizioni pubbliche della sua interpretazione (incluse quelle del potere giudiziale), così come i testi e i documenti storici che sono di conoscenza comune”<sup>136</sup>.

In questo miscuglio di valori democratici universali e particolarismi politici di ogni comunità si trova il quadro del consenso<sup>137</sup>, un consenso che deve sempre rispettare un certo contenuto materiale. Per questo, al di là del consenso cittadino, Rawls insiste sul contenuto fondamentale di giustizia che ogni patto sociale deve avere, e che riassume nei tre principi seguenti: “Primo, una definizione di certi diritti, libertà e opportunità di base (di un tipo che risulti familiare nei regimi costituzionali democratici); secondo, l’assegnazione di una priorità speciale a tali diritti, libertà e opportunità, quale rispetto alle esigenze del bene generale; e terzo, misure che garantiscono a tutti i cittadini mezzi di uso universale adeguati affinché possano utilizzare effettivamente le loro libertà e opportunità”<sup>138</sup>.

---

134. Melero de la Torre, M. C., *La razón jurídica como modelo de razón pública: Rawls, Dworkin y el Derecho*, op. cit., p. 93.

135. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 20.

136. Melero de la Torre, M. C., *La razón jurídica como modelo de razón pública: Rawls, Dworkin y el Derecho*, op. cit., p. 96.

137. Melero spiega che “l’aumento nel grado di astrazione del consenso normativo amplia vigorosamente il ruolo della deliberazione pubblica nel dominio della politica, però in nessun caso mette in discussione la necessità che il risultato della deliberazione sia una concezione liberale (e più concretamente, liberale egualitaria)” (Ibid., p. 102).

138. Rawls, J. *El liberalismo político*, trad. de Andoni Domènech, Crítica, Barcelona 1996, p. 36. L’autore mette in evidenza il bisogno di una “eguaglianza equa” o reale tra i cittadini e anche il bisogno che le loro libertà politiche non siano solo formali, ma reali, qualcosa di essenziale per la visione liberal-egualitaria sostenuta da Rawls (Ibid., pp. 36 e 37).

Le premesse di questi diritti sono i due principi di giustizia che Rawls enuncia nella sua opera chiave *La Teoría de la justicia*: “primo, ogni persona deve avere un diritto uguale allo schema più esteso delle libertà fondamentali che sia compatibile con uno schema simile di libertà per gli altri. Le ineguaglianze sociali ed economiche dovranno essere uniformate in modo tale che: a) ci si aspetti ragionevolmente che siano vantaggiose per tutti, b) si vincolino a impieghi e cariche accessibili a tutti”<sup>139</sup>. Rawls realizza un’interpretazione liberale del punto b), secondo la quale, “coloro i quali si trovano sullo stesso livello di capacità e di abilità ed hanno la stessa disposizione a utilizzarle, dovrebbero avere le stesse prospettive di successo, qualunque sia la loro posizione iniziale nel sistema sociale”<sup>140</sup>. Ci estenderemo più dettagliatamente sulla tesi di Rawls riguardo al contenuto di questi diritti e le risorse tese a soddisfarli alla fine di questo punto.

L’oggettivismo di Rawls su ciò che è relativo a questi principi essenziali si riflette nel fatto che li concepisce come “i principi ai quali devono adattarsi le conciliazioni sociali, e in particolare le conciliazioni della giustizia, sono quelli che metterebbero d’accordo uomini razionali e liberi in una posizione originaria di uguale libertà; e allo stesso modo i principi che governano le relazioni degli uomini con le istituzioni e definiscono i loro doveri naturali, e i loro obblighi sono quelli a cui essi presterebbero il loro consenso se si trovassero in quella situazione”<sup>141</sup>, cioè, per Rawls questi principi si identificano con la stessa razionalità.

Queste premesse possono e devono essere accettate in ogni sistema politico liberale senza associarsi a nessuna delle tesi morali accolte nei diversi settori della popolazione, ma come un minimo accettato da tutte loro così come abbiamo segnalato prima, vale a dire, come un “consenso incrociato”<sup>142</sup>.

-----  
139. Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, op. cit., pp.67-68.

140. Ibid., p.78.

141. Rawls, J. *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid 1986, p. 91.

142. Rawls, J. *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, op. cit., p. 165.

Rawls è disposto a ridurre le materie da discutere per raggiungere questo consenso, riducendole a “quelle (questioni) che esprimono ciò che Rawls denomina “elementi costituzionali essenziali” e questioni di giustizia basilare (...). Questo deve intendersi come se, nel dibattere “essenze costituzionali”, non ci si possa appellare a dottrine comprensive che non tutti possono sottoscrivere razionalmente. Così, tra le questioni politiche che l’autore non considera fondamentali – afferma che solo a volte lo sono – si trovano tra le altre: la legislazione fiscale, gli statuti che proteggono l’ambiente, la conservazione di zone di vita silvestre, etc... “ci appelliamo piuttosto a una concezione politica della giustizia per distinguere tra le questioni che possono eliminarsi ragionevolmente dall’agenda politica e le questioni che si non possono eliminare” (Vallespín, F., *¿Reconciliación a Través del Derecho?*, in José Antonio Gimbernat, *La Filosofía Moral y Política de J. Habermas*, Biblioteca Nueva, 1997, p. 205). Come esempio, questo autore afferma che “si può giungere a maggiori accordi riguardo a se i principi per la realizzazione dei diritti e delle libertà siano stati compiuti, che riguardo a se siano stati compiuti i principi per la giustizia sociale ed economica per quello li emargina accettando un minimo esistenziale per coprire i bisogni fondamentali, ma non il principio della differenza” (Ibid., p. 218).

Tornando alla visione della giustizia di Rawls, dobbiamo dire che si riflette con particolare nitidezza nel concetto di principio di autonomia della persona, enunciato da Nino (di cui ci occuperemo più avanti in questo stesso punto), secondo il quale “essendo preziosa la libera scelta individuale di progetti di vita e l’adozione di ideali di eccellenza umana, lo Stato (e il resto degli individui) non deve interferire in tale scelta o in tale adozione, limitandosi a disegnare istituzioni che facilitino il perseguimento ideale di questi progetti di vita e la soddisfazione degli ideali di virtù che ciascuno sostiene, e impedendo l’interferenza mutua nel corso di tale inseguimento”<sup>143</sup>.

Tale autonomia ha senso per raggiungere “la realizzazione dell’individuo”. Il realizzarsi implica di sviluppare le capacità sulle quali empiricamente contano gli individui: la capacità intellettuale, la capacità di piacere, la capacità di attività fisica, la capacità di avere esperienze estetiche e spirituali, etc (...). Consideriamo ogni individuo come un artista nella creazione della propria vita e lo apprezziamo nella misura in cui faccia il miglior uso possibile dei materiali sui quali conta, che sono le sue stesse capacità”<sup>144</sup>.

Questa visione liberale può associarsi erroneamente al relativismo, però possiamo affermare che non lo implica in nessun modo. Sostenere che, in certi ambiti che soltanto incombono ad esso, l’individuo è libero di operare in qualunque modo, non comporta di considerare come equivalenti in quanto a bontà, qualsiasi delle sue scelte, ma di comprendere che né lo Stato, né i privati sono legittimati ad obbligarlo a scegliere una di esse, dato che i beni che potrebbero vedersi pregiudicati appartengono e incombono solo a lui o, essendo di altri, si vedono colpiti da azioni od omissioni effettuate fuori dall’ambito degli obblighi che legittimamente gli si possono esigere. “La teoria della giustizia presuppone, senza dubbio, una teoria del bene, però all’interno di questi ampi limiti non pregiudica la scelta del tipo di persone che gli uomini vogliono essere”<sup>145</sup>.

-----  
143. Nino, C. S., *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación* op. cit., p. 204.

144. Nino, C.S., *Liberalismo "versus" comunitarismo*, op. cit., p. 374.

145. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 245.

Così, non si può obbligare un uomo di intelligenza sovrumana a essere scienziato e a scoprire il vaccino contro l’AIDS, né una donna di cui un altro è innamorato a sposarsi con lui per quanto danno il suo rifiuto gli arrechi, né un candidato a presentarsi a una prova solo perché il suo concorrente sentirà una grande frustrazione se la perde. È chiaro che, nel caso dello scienziato, si potrebbe considerare profondamente egoistico il suo rifiuto a impiegare le proprie capacità in qualcosa che salverebbe tantissime vite, però non può essere obbligato a realizzarlo se ha adempiuto ai suoi doveri per la comunità (rispetto ai beni giuridici dei suoi simili e alla cooperazione economica per via impositiva all’interno dei parametri di una legge giusta, per conseguire una società di uomini liberi ed effettivamente uguali in diritti e opportunità). E questo è così perché esistono beni così sacri come il libero sviluppo della personalità che, per quanto importante sia il fine derivato dal loro condizionamento, non possono essere strumentalizzati. Nino basa questa esigenza su “il principio di inviolabilità della persona umana” (Nino, C. S., *Derecho moral y política*, vol. 2, Gedisa, Barcelona 2007, p. 21). Nello stesso senso, sostiene Sunstein che nel caso di un referendum che vieti

Riconosciuta l'autonomia individuale del cittadino e stabilità, insieme ai diritti fondamentali dell'individuo, come premessa di ogni disposizione morale del diritto, necessariamente basata sulla dignità della persona, rimane adesso da determinare quale deve essere il contenuto di tale dignità, individuata in diritti concreti e identificati. Alexy indica che “con pochi concetti, così come la dignità, la libertà, l'uguaglianza e la protezione e il benessere della comunità, è possibile abbracciare quasi tutto quello che c'è da prendere in considerazione sulle ponderazioni giusfondamentali”<sup>146</sup>. Tuttavia, la genericità di questi concetti richiede il loro sviluppo mediante altri valori secondari che comprendono tutta la loro dimensione.

Come ben afferma Nino, “è la funzione di rendere effettivi i diritti individuali fondamentali ciò che fornisce la giustificazione morale primaria dell'esistenza di un ordine giuridico, ossia di un governo stabilito”<sup>147</sup>. Le massime su cui si basano questi diritti, prima enunciati da Alexy, sono “allo stesso tempo, concetti fondamentali della filosofia pratica” e “i principi più importanti del diritto razionale moderno”<sup>148</sup>. Si tratta di salvaguardare la dignità del cittadino al di là dei classici diritti “di libertà”, costruendo un sistema integrale di difesa della persona nei confronti di qualsiasi minaccia dello Stato o di privati, quello che Ferrajoli denomina “la sfera dell'indecidibile” (...), quello che nelle costituzioni democratiche si è deciso di sottrarre alla volontà della maggioranza (...), la tutela dei diritti fondamentali – primi tra tutti la vita e la libertà personale, che non c'è volontà di maggioranza, né interesse generale, né bene comune o pubblico a cui possano essere sacrificati – e l'assoggettamento dei poteri pubblici alla legge”<sup>149</sup>. A continuazione esporremo in maniera dettagliata il contenuto di questi diritti.

### 2.3.2 I valori della dignità umana come diritti e il loro riflesso costituzionale

Nino, come abbiamo già indicato in precedenza, identifica la dignità della persona con la capacità di ogni individuo di portare a termine i propri progetti di vita e di ottenere la propria piena realizzazione personale, sviluppando le proprie qualità umane e utilizzandole per ottenere gli obiettivi che si prefissa. La comprensione dell'autentico significato della dignità “non potrà

-----  
i matrimoni omosessuali, la decisione giudiziaria che lo dichiarerà invalido farà valere la vera democrazia, poiché la maggioranza non è legittimata ad impedire all'individuo che agisca liberamente e senza discriminazioni in una dimensione così sacra come quella degli affetti (Sunstein, C. R., *A cosa servono le costituzioni : dissenso politico e democrazia deliberativa*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 11).

146. Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 153.

Sulla stessa linea, Moreno Cruz afferma che “Vita, dignità, libertà e sopravvivenza” sono i valori basilari della persona che enuncia Ferrajoli (Moreno Cruz, R., *El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* n° 120, UNAM, 2007, p. 830).

147. Nino, C. S., *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación* op. cit, p. 368.

148. Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 525.

149. Ferrajoli, L., *Jurisdicción y democracia*, in *Jueces para la democracia*, n° 29, 1997, p. 6.

essere raggiunta senza un necessario ricorso all'esperienza, sensibile e spirituale, delle realtà propriamente e specificamente umane"<sup>150</sup>. Si tratta da un lato di identificare singolarmente tutti i beni di valore della vita umana<sup>151</sup>, costruendo il sistema giuridico intorno alla loro promozione e protezione, dato che il diritto non è che uno strumento per la convivenza giusta. Dall'altro lato, è imprescindibile riconoscere il carattere individuale ed irrinunciabile della dignità umana, in modo che non possa essere strumentalizzata per raggiungere altri fini.

Su questa base, l'autore enuncia, senza pretesa di esaustività, i seguenti beni essenziali e i diritti che nascono da essi<sup>152</sup>. Nello svilupparli esporremo diversi esempi che evidenziano il loro generalizzato riflesso (in forma di diritti fondamentali) nelle costituzioni occidentali e i principali documenti internazionali sui diritti umani:

- Libertà per realizzare qualsiasi comportamento che non pregiudichi terzi, già sancita dagli artt. 4 e 5 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino francese, del 1789. Possiamo trovare questa libertà materializzata in un diritto fondamentale alla libertà nella maggioranza delle costituzioni attuali, che proscrive le detenzioni arbitrarie. Allo stesso modo questo valore dà origine al diritto, al libero sviluppo della personalità e al divieto di discriminazione per ragioni ideologiche e religiose, poiché le prese di posizione in queste materie sono atti legittimi del cittadino.

Il diritto alla libertà, sempre relazionato con il diritto a non essere detenuto arbitrariamente, si afferma nell'art. 2.2 della Costituzione tedesca, nell'art. 12 di quella belga, nell'art. 6 della Costituzione greca, nell'art.17 di quella spagnola, nell'art. 13 di quella italiana, nell'art. 27.1 di quella portoghese, nell'art. 8 di quella svedese, nell'art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (e nell'art. 5 dove si proibisce la schiavitù), e nell'art. 9 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

A mo' di esempio, è possibile trovare il diritto al libero sviluppo della personalità nell'art. 2.1 della Costituzione tedesca, così come nel suo art. 11 (stabilisce la libertà di circolazione nel suo territorio), nell'art. 12 di quella belga, nell'art. 5 di quella greca e nell'art. 3 di quella italiana che obbliga lo Stato a rimuovere gli ostacoli al libero sviluppo della personalità.

---

150. Massini, C., *La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno*, in *Cuadernos DOXA*, n° 21, vol. II, Madrid 1998, p. 300.

151. Poiché "La dignità ha come soggetto la persona umana, tanto nella sua dimensione corporale come nella sua dimensione razionale, che assicurano la sua responsabilità, sociabilità e trascendenza (Landa Arroyo, C., *Dignidad de la persona humana*, in *Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de Derecho constitucional*, n° 7, 2002, p. 111).

152. Nino, C. S., *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación*, op. cit, pp. 222 - 227.

Da questa libertà deriva la proibizione di ogni discriminazione per ragioni ideologiche o religiose, così come una riduzione della stessa (e dei diritti che enunceremo sotto) per ragioni arbitrarie come la razza o il sesso così come possiamo vedere nell'art. 3.3 della Costituzione tedesca, nell'art. 7.1 della Legge Costituzionale Federale della Repubblica d'Austria, nell'art.11 della Costituzione belga, nell'art. 70 di quella danese, nell'art. 14 di quella spagnola, nell'art. 3 di quella italiana, nell'art.13.2 di quella portoghese, nell'art. 16 di quella svedese, nell'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'art. 22 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, e nell'art. 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

- Vita cosciente, fondamentale per realizzare qualsiasi piano di vita. Quando mettere a rischio la vita è imprescindibile per materializzare un progetto di esistenza (nel caso del missionario che decide di andare in una regione in guerra per aiutare le vittime) nessuno potrà impedire al suo titolare di rischiarla, poiché l'uso che sta facendo di questo bene essenziale è giustificato dall'obiettivo fondamentale che vuole servire. Però nessuno, eccetto il suo titolare, è legittimato a minacciarlo o a danneggiarlo.

Questo diritto si vede riflesso, senza pretesa di esaustività, nell'art. 2.2 della Costituzione tedesca (che nel suo art. 102 dichiara espressamente l'abolizione della pena di morte), nell'art. 24.1 e 2 di quella portoghese, nell'art. 15 di quella spagnola, nell'art. 15.1 di quella boliviana, nell'art. 4 di quella svedese (che stabilisce la proibizione della pena di morte), nell'art. 19 di quella cilena<sup>153</sup>, nell'art. 2 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'art. 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nell'art. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e nell'art. 4 della Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli (Carta di Banjul<sup>154</sup>).

- Integrità corporale e psichica, poiché il dolore, il malessere, lo sconforto e il blocco intellettuale ed emozionale che la sua assenza provoca colpisce in modo gravemente negativo la capacità dell'individuo di compiere i propri obiettivi nella vita. Questo diritto si riflette, tra molte altre, nell'art. 2.2 della Costituzione tedesca, nell'art. 15 di quella spagnola, nell'art. 11 della Costituzione dei Paesi Bassi, nell'art. 19 di quella cilena, nell'art. 25 di quella portoghese, nell'art. 15.1 di quella boliviana, nell'art. 5 di quella svedese (dove si stabilisce il divieto di

-----  
153. È paradossale il caso cileno la cui Costituzione sancisce il diritto alla vita, incluso di coloro che non sono ancora nati (allusione assente nella maggioranza delle costituzioni), però ammette la pena di morte se si impone per un delitto stabilito in una legge approvata da un quorum qualificato.

154. Ciononostante, l'espressione "Nessuno può essere privato di questo diritto arbitrariamente" dà a intendere un'accettazione della pena di morte se lo Stato la istaura con certe "garanzie".

punizioni fisiche), così come nell'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, dove viene proibita la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, allo stesso modo che nell'art. 5 della Carta di Banjul. Nell'art. 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e nell'art. 4 della stessa Carta si proibisce la tortura, così come negli artt. 4 e 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

- Facoltà intellettuali dell'individuo, imprescindibili per orientarsi nel corso della propria esistenza. Questo bene dà luogo al diritto di un'educazione liberale che offre al cittadino la possibilità di sviluppare il proprio intelletto, così come di conoscere e di comprendere le diverse scelte morali senza nessun tipo di deviazione. Solo così, acquisendo la capacità di scegliere le proprie preferenze etiche e conoscendo tutte le alternative in questo senso, il cittadino potrà fare la scelta che più si adatta ai suoi desideri e lottare per essa con i grandiosi strumenti di una mente pienamente formata.

Questo diritto si può vedere raccolto nell'art. 7.1 della Costituzione tedesca che impone la sorveglianza pubblica del sistema scolastico, nell'art. 24 di quella belga che stabilisce un'istruzione rispettosa dei diritti fondamentali, libera e gratuita fino alla fine del periodo scolastico obbligatorio, inclusa la formazione morale e religiosa, nell'art. 27.1 della Costituzione spagnola, nell'art. 17 della Costituzione boliviana che garantisce il diritto all'educazione gratuita in tutti i livelli (sviluppato negli artt. 77 e segg.), nell'art. 76 della Costituzione danese, negli artt. 16.2 e 4 di quella greca, nell'art. 34 di quella italiana, nell'art. 23 della Costituzione dei Paesi Bassi, nell'art. 74 di quella portoghese, nell'art. 19.10 di quella cilena, nell'art. 21 di quella svedese, nell'art. 14 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (afferma anche il diritto all'istruzione obbligatoria gratuita), nell'art. 26 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, che stabilisce il diritto all'istruzione gratuita nelle scuole elementari pubbliche e nell'art. 17 della Carta di Banjul.

- La vita spirituale dell'individuo si proietta assiduamente alla ricerca della divinità, o alla conoscenza dell'arte, o alla comprensione del sapere scientifico, o alla lotta politica per migliorare la società. Questo rende imprescindibile un ampio diritto alla libertà di espressione allo scopo che ogni cittadino possa riuscire ad ottenere l'informazione necessaria per approfondire tali obiettivi, così come manifestare tutto quello che la sua mente e il suo cuore hanno concepito, azione imprescindibile per raggiungere l'obiettivo di incidere sulla società (convertendo altri alla religione, unendo cittadini intorno ad un progetto politico, commuovendo con un'opera d'arte, etc...) che in generale è inerente a questi aspetti sociali della vita spirituale.

La libertà di espressione si afferma, tra molti altri precetti costituzionali, nell'art. 5.1 della Costituzione tedesca, nell'art. 77 di quella danese, nell'art. 20.1 a) di quella spagnola, nell'art. 14.1 di quella greca, nell'art. 21 di quella italiana, nell'art. 7 della Costituzione dei Paesi Bassi, nell'art. 36 di quella portoghese, nell'art. 1.1 di quella svedese, nell'art. 21.3 di quella boliviana e nell'art. 106.3, così come nell'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'art. 11 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nell'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e nell'art. 8 della Carta di Banjul.

La libertà di creazione culturale e scientifica può trovarsi costituzionalizzata nell'art. 5.3 della Costituzione tedesca, nell'art. 20.1b) di quella spagnola, nell'art. 16.1 di quella greca, nell'art. 19.25 di quella cilena (che stabilisce la libertà dell' "arte e la scienza, la ricerca e l'istruzione"), nell'art. 78 di quella portoghese, nell'art. 13 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e nell'art. 27 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

Possiamo osservare un riconoscimento costituzionale alla libertà di culto, incluso quello pubblico, nell'art. 19 della Costituzione belga, nell'art. 13 di quella greca, negli artt. 8 e 19 di quella italiana, nell'art. 1.6 di quella svedese, negli artt. 4 e 21.3 di quella della Bolivia, nell'art. 19.6 di quella cilena, nell'art. 14 di quella spagnola (che stabilisce la libertà ideologica, religiosa e di culto), nell'art. 9 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'art. 12 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nell'art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e nell'art. 8 della Carta di Banjul.

La libertà di stampa può trovarsi, a titolo esemplificativo, nell'art. 25 della Costituzione belga, nell'art. 77 di quella danese, nell'art. 20. 1d) di quella spagnola, nell'art. 14.2 di quella greca, nell'art. 21 di quella italiana, nell'art. 7 della Costituzione dei Paesi Bassi o nell'art. 37 di quella portoghese e nell'art. 12 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

- Ogni persona ha bisogno di un tipo di vita affettiva, familiare e sessuale conforme alla propria idiosincrasia, cosa che è particolarmente importante affinché possa sviluppare in modo soddisfacente il proprio piano di vita, interessando un ambito così sacro come quello dell'intimità e degli affetti. Questo richiede un'ampia libertà per lo sviluppo della sua vita privata. Da essa derivano l'inviolabilità del domicilio, il segreto delle comunicazioni e il rispetto della vita privata e familiare.

L'inviolabilità del domicilio si osserva nell'art. 13.1 della Costituzione tedesca, nell'art. 15 di quella belga, nell'art. 72 di quella danese, nell'art. 18.2 di quella spagnola, nell'art. 9.1 di



quella greca, nell'art. 14 di quella italiana, nell'art. 12 di quella dei Paesi Bassi, nell'art. 34 di quella portoghese, nell'art. 25.1 di quella boliviana e nell'art. 19.5 di quella cilena.

Il segreto delle comunicazioni è affermato nell'art. 10.1 della Costituzione tedesca, nell'art. 29 di quella belga, nell'art. 18.3 di quella spagnola, nell'art. 15 di quella italiana, nell'art. 34 di quella portoghese, nell'art. 25.2 di quella boliviana, nell'art. 19.5 di quella cilena, nell'art. 8 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (questo protegge i dati personali), e nell'art. 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

Il rispetto della vita privata e familiare può trovarsi nell'art. 22 della Costituzione belga, nell'art. 72 di quella danese, nell'art. 18.1 di quella spagnola, nell'art. 9.1 di quella greca, nell'art. 10 della Costituzione dei Paesi Bassi, nell'art. 26.1 di quella portoghese, nell'art. 21.2 di quella boliviana, nell'art. 19.4 di quella cilena, nell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'art. 7 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e nell'art. 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

Il carattere sociale dell'essere umano lo porta ad associarsi in collettività per soddisfare il proprio piano di vita. Questo dà luogo ai diritti di libertà di associazione e di riunione. Da questo carattere sociale (e dal diritto inalienabile a partecipare in prima persona alla politica frutto della sovranità condivisa da tutti i cittadini per salvaguardare, tra gli altri obiettivi, i diritti individuali e il bene comune) deriva anche il riconoscimento del diritto a partecipare negli affari pubblici direttamente o per mezzo di rappresentanti.

La libertà di associazione è istituzionalizzata, a mo' di esempio, nell'art. 9.1 della Costituzione tedesca, nell'art. 27 di quella belga, nell'art. 78 di quella danese, nell'art. 22 di quella spagnola, nell'art. 12 di quella greca, nell'art. 18 di quella italiana, nell'art. 8 della Costituzione dei Paesi Bassi, nell'art. 46 di quella portoghese, nell'art. 1.5 di quella svedese, nell'art. 21.4 di quella boliviana, nell'art. 19.5 di quella cilena, nell'art. 11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'art. 20 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e nell'art. 10 della Carta di Banjul.

Il diritto di riunione è presente nell'art. 8 della Costituzione tedesca, nell'art. 26 di quella belga, nell'art. 79 di quella danese, nell'art. 21 di quella spagnola, nell'art. 11 di quella greca, nell'art. 17 di quella italiana, nell'art. 9 di quella dei Paesi Bassi, nell'art. 45 di quella portoghese, nell'art. 1.3 di quella svedese, nell'art. 21.4 di quella boliviana, nell'art. 19.3 di quella cilena, nell'art. 11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'art. 20 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e nell'art. 11 della Carta di Banjul.

Il diritto di partecipare agli affari pubblici si può trovare nell'art. 23 della Costituzione spagnola o nel capitolo 2 di quella portoghese e nella parte organica di tutte le costituzioni democratiche, in cui ispira l'organizzazione del potere legislativo e del processo di elezione dei suoi membri, così come negli artt. 39 e segg. della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e nell'art. 13 della Carta di Banjul.

- Per costruire un progetto di vita è imprescindibile godere dei mezzi materiali adeguati per non patire bisogni e possedere i beni necessari per sviluppare le nostre capacità. Come conseguenza di questo bisogno, ogni cittadino ha il diritto a realizzare lavori significativi con salari degni e giusti, così come a godere di periodi di riposo per la propria autorealizzazione personale. Inoltre se non può lavorare per motivi di salute, età o mancanza di offerta lavorativa, dovrà godere di prestazioni sociali sufficienti a coprire le necessità sopra citate.

In questo senso, l'art. 12.1 della Costituzione tedesca sancisce la libertà di scegliere un lavoro, allo stesso modo che l'art. 19.6 di quella cilena. Il diritto al lavoro è riconosciuto dall'art. 4 della Costituzione italiana, come dall'art. 46 di quella boliviana, dall'art. 74 della Costituzione danese, dall'art. 23 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, dall'art. 15 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (che nel suo art. 29 riconosce il diritto all'accesso a servizi di collocamento), dall'art. 15 della Carta di Banjul e dagli artt. 47 e 58 della Costituzione portoghese<sup>155</sup>.

Proseguendo nella stessa direzione, l'art. 23 della Costituzione belga include insieme al diritto al lavoro, i diritti sociali alla casa, alla sicurezza sociale, all'aiuto sociale, medico e giuridico (l'art. 35 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea riconosce anche il diritto alla salute così come la maggioranza delle costituzioni menzionate), alla protezione dell'ambiente e allo sviluppo culturale e sociale e l'art. 75 di questa Costituzione (così come l'art. 38 della Costituzione italiana e l'art. 19.3 della Costituzione dei Paesi Bassi) prescrive un salario sufficiente per avere una vita dignitosa e delle prestazioni sociali per coloro che non si trovano in condizioni di "assicurare la propria sussistenza" (come l'art. 38 della Costituzione italiana, e gli artt. 20.2 e 3 della Costituzione dei Paesi Bassi). Unito al diritto al lavoro è quello della negoziazione collettiva dei lavoratori riconosciuto dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. È certamente logico il legame che si prospetta tra il diritto a

-----  
155. La Costituzione portoghese realizza negli articoli seguenti a quello citato, una dettagliata enumerazione dei diritti lavorativi come la retribuzione giusta, il riposo, l'igiene, il salario minimo, la protezione della donna lavoratrice, le giornate permesse che consentano la realizzazione personale del lavoratore (un qualcosa già raccolto nell'art. 24 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e nell'art. 31 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, il cui art. 30 stabilisce il diritto a un sussidio per licenziamento ingiustificato), la protezione dei lavoratori immigranti, i centri di riposo, le vacanze lavorative e, infine, le relazioni lavorative in condizioni "socialmente dignitose".

un lavoro degno e i diritti sociali come quelli raccolti nei principi basilari della politica sociale ed economia del capitolo 3 della Costituzione spagnola, del capitolo 5 di quella boliviana, del capitolo 2 del titolo 3 di quella portoghese e negli artt. 22 e 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Tutti questi articoli condividono lo stesso fondamento di apportare al cittadino i beni materiali e le condizioni sociali adeguate per vivere dignitosamente.

- Dai beni precedenti si deduce un ultimo diritto alla sicurezza personale<sup>156</sup> che garantisce la sua non violazione da parte dello Stato o dei privati, e che è riconosciuto dall'art. 17 della Costituzione spagnola, dall'art. 27.1 di quella portoghese, dall'art. 23.1 di quella boliviana, dall'art.19.7 di quella cilena, dall'art. 5 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dall'art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Seguendo la filosofia di questi precetti, Rawls esige un'uguaglianza nell'esercizio delle libertà giacché "le libertà di alcuni non si restringono semplicemente per rendere possibile una maggiore libertà per gli altri"<sup>157</sup>. Si può solamente restringere la libertà di chi attacca ingiustamente i diritti del prossimo e gli impone situazioni contrarie alla sua dignità, così come abbiamo visto nel primo dei valori citati.

Come è evidente, in fondo, quello che si difende è il libero sviluppo della personalità del cittadino, che richiede l'assenza di intromissioni dello Stato nella costruzione della propria vita, ma anche la garanzia dei mezzi e delle opportunità che gli permettano di svilupparsi pienamente e in condizioni di uguaglianza con il resto delle persone<sup>158</sup> (l'art. 1 della Costituzione cilena stabilisce come obiettivo fondamentale dello Stato la "maggiore realizzazione spirituale e materiale possibile" della cittadinanza). Dworkin si somma a questa tesi nell'affermare che la dignità si sostiene sui principi "del valore intrinseco" (ogni vita umana ha un valore essenziale oggettivo, già come semplice potenzialità chiamata a svilupparsi, qualcosa che tutti abbiamo

---

156. Nelle costituzioni che nascono dopo la Seconda Guerra mondiale, chiaramente liberaldemocratiche, si osserva un concetto della sicurezza "propriamente materiale, attento alla complessiva salvaguardia dei diritti dei cittadini da possibili lesioni" (Giupponi, Tommaso F., *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, in *Diritti umani: trasformazioni e reazione*, a cura di Silvia Vida, Bononia University Press, Bologna 2008, p. 277). Come ben afferma Giupponi, "non è tanto (o meglio, non è solo) garantire un presunto diritto alla sicurezza personale dei singoli individui, quanto la complessiva sicurezza dei diritti dei cittadini e dei beni giuridici loro sottesi (...) è una sicurezza non solo da potenziali intrusioni nell'ambito di sfere individuali di libertà, ma anche la sicurezza di poter esprimere in pieno la propria personalità, attraverso il patrimonio costituzionale dei diritti" (Ibid., p. 282). La stessa Corte Costituzionale italiana afferma che "l'ordine pubblico deve essere inteso quale ordine pubblico costituzionale (...) che deve essere assicurato appunto per consentire a tutti il godimento dei diritti inviolabili dell'uomo", anche se in altre decisioni si tira indietro ed esclude beni come la salute o l'ambiente (Ibid., p. 296).

157. Rawls, J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 236.

158. Questa inclusione di azioni positive tra i doveri dello stato è la caratteristica che distingue il liberalismo egualitario da quello conservatore (Nino, C. S., *Derecho moral y política*, vol. 2, op. cit., p. 61). Il liberalismo egualitario "sembra espandere la capacità d'azione di coloro la cui autonomia è più ristretta", cosa che costituisce l'unico compromesso onesto possibile con tale autonomia (Ibid., p. 66).

motivo di desiderare) e della “responsabilità personale” (ogni persona ha una responsabilità particolare nello sviluppo della propria vita e nessuno ha il diritto di ordinarle come viverla<sup>159</sup>).

Questa è la base della dignità della persona, accolta espressamente come valore supremo in numerose costituzioni. L’art. 1.1 della Costituzione tedesca, l’art. 23 di quella belga, l’art. 10 di quella spagnola, l’art. 3 di quella italiana, l’art. 1 di quella cilena, l’art. 11 di quella slovacca e l’art. 13.1 di quella portoghese riconoscono a tutti gli uomini una stessa dignità sociale allo stesso modo della Costituzione boliviana nel suo art. 9.2 e anche nell’art. 22. Anche l’art. 2 della Costituzione italiana riconosce i diritti inviolabili dell’individuo<sup>160</sup>. D’altra parte, l’art. 2 della Costituzione svedese riconosce la dignità individuale, così come l’art. 1 della Carta dei diritti e della libertà fondamentali della Repubblica Ceca e l’art. 30 della Costituzione polacca, che parla della dignità innata della persona; l’art. 34 della Costituzione slovena afferma che tutti hanno il diritto a una dignità personale e l’art. 54 della Costituzione ungherese riconosce i diritti innati alla vita e alla dignità umana. L’art. 61 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea afferma l’invulnerabilità della dignità umana, che deve essere rispettata e tutelata, una dignità sancita dal suo art. 1. Infine, anche l’art. 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani la riconosce.

Parliamo, insomma, della concezione dell’individuo come un “essere libero, con la capacità di scegliere, essere razionale, con la capacità di costruire dei concetti generali, essere morale con l’abilità di scegliere e accettare un ideale di vita, che può essere presentato come suscettibile di essere universalizzabile, ed essere comunicativo, capace di dialogo con gli altri, e di trasmissione orale e scritta dal suo stesso seme di creazione”<sup>161</sup>.

Il sistema di valori e di pretese di Dürig, spiegato da Alexy<sup>162</sup>, definisce chiaramente il sistema logico dei diritti fondamentali che abbiamo appena enunciato. L’autore divide il suo modello in tre gradini: il primo è la dignità della persona come principio costituzionale

-----  
159. Dworkin, R., *La democrazia possibile*, Paidós, Barcelona 2008, pp. 24-25

160. È rilevante la riflessione di Bongiovanni sull’uso della parola “riconoscere”, nell’ art. 2, rispetto ai diritti inviolabili, poiché implica a suo giudizio il fatto di ammettere la sua preesistenza in relazione alla sua affermazione nella costituzione (Bongiovanni, G., *Diritti inviolabili e libertà*, in Barbera, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p. 68).

161. Peces-Barba, G., *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, in *Cuadernos y Debates* N° 54, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995, p. 59.

Nello stesso senso Bruno Romano ritiene che “L’espressione “diritti dell’uomo” si riferisce all’io. Il termine “io” è proprio ed esclusivamente del singolo uomo e non ha un plurale (...) compare nel compito della formazione della sua identità esistenziale, nucleo dei diritti dell’uomo” (Romano, B., *Diritti dell’uomo e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2009, p. 30). I diritti fondamentali garantiscono che “al mio io non si sostituisca l’io di un altro” (Ibid., p. 234).

162. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 361.

supremo. Sul secondo si trovano il diritto generale alla libertà e il diritto generale all'uguaglianza. Sull'ultimo si trovano i diritti speciali alla libertà e all'uguaglianza che sviluppano i diversi ambiti di quelli generali, essendo manifestazioni specifiche di quegli stessi definiti dal legislatore.

Rawls coincide anche nel considerare il supremo valore della libertà umana come mezzo per sviluppare quelle che, a suo giudizio, sono le due principali facoltà morali dell'individuo: la capacità di concepire un'idea della giustizia e una visione del bene<sup>163</sup>. La garanzia dello sviluppo di queste due facoltà morali darebbe senso alle libertà politiche, alla libertà di espressione o al diritto di associazione.

Il diritto di ogni cittadino ad arricchire la propria mente, ad acquisire una coscienza propria mediante l'accesso alla cultura e al libero scambio di idee, a vivere secondo le proprie convinzioni e a lavorare affinché il proprio modello di giustizia sia vivo nella società e contribuisca al proprio miglioramento, è espresso da Rawls attraverso l'espressione "piano razionale di vita"<sup>164</sup>, molto vicino, come vedremo, a quello sostenuto da Nino. Per questo piano razionale di vita servono "beni fondamentali". Sono beni basilari "cose che si suppone che ogni individuo ragionevole desideri". E le desidera perché secondo Rawls, "i beni fondamentali renderebbero possibile lo sviluppo dei nostri piani di vita, siano quelli che siano". Questi beni sono: "(I) libertà e diritti fondamentali, come quelli che conosciamo dagli ordinamenti costituzionali, (II) opportunità nell'accesso a cariche e impieghi sociali, (III) mezzi, definiti in relazione a entrate e ricchezza, e infine (IV) le basi sociali dell'autorispetto"<sup>165</sup>. L'autore ritiene che la categoria I debba caratterizzarsi per una assoluta uguaglianza mentre le ineguaglianze sociali devono accettarsi sempre a favore dei più svantaggiati.

Ed è in questo contesto in cui acquista un vero significato il concetto di "uguaglianza". Lungi dall'ipocrita massima di "uguaglianza dinanzi alla legge", concepita come l'applicazione a tutti di uno stesso ordinamento indipendentemente dal suo contenuto, che potrebbe essere perfettamente ingiusto o discriminatorio, l'uguaglianza autentica implica che ogni cittadino riceverà il trattamento che merita (e che comporta l'effettivo godimento dei precedenti diritti), senza che nessun privilegio o discriminazione lo degradi a soffrire un trattamento illecito. "La

-----  
163. Rawls, J., *El liberalismo político*, trad. de Andoni Domènech, Crítica, Barcelona 1996, pp. 59 e segg.

Il cittadino ha una "identità morale" attraverso cui difende valori e obiettivi ("concezioni del bene"), pretendendo di proiettarli sulla società per il suo miglioramento (Ibid., pp. 61-63).

164. Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, op. cit., p. 467.

165. Loewe, D., *Teorías de justicia igualitaria y derechos culturales diferenciados*, in *Isegoría*, Revista de Filosofía Moral y Política, n° 36, 2007, p. 280.

massima dell'uguaglianza è violata se e solo se il trattamento ineguale è arbitrario"<sup>166</sup>. In questa frase di Alexy si osserva il concetto di uguaglianza materiale, difeso da Peces Barba come una forma di uguaglianza per la libertà grazie alla quale tutti i cittadini godono delle condizioni minime che permettono loro di fare uso delle proprie libertà garantendogli le opportunità di sviluppo personale necessarie per farlo<sup>167</sup>. La stessa Corte Costituzionale tedesca riconosce che "il diritto di libertà sarebbe carente di valore senza il presupposto reale di poter pensare ad esso (BverfGE 33, 303, (331))"<sup>168</sup>.

Si esige pertanto un'uguaglianza *de facto*<sup>169</sup> che trasferisca alla realtà pratica gli ideali egualitari plasmatis nella costituzione. Tuttavia, "chi desideri creare un'uguaglianza di fatto, dovrà accettare un'ineguaglianza *de iure*"<sup>170</sup>. L'uguaglianza reale richiederà dei trattamenti distinti che rafforzino gli obblighi dei potenti ed esaltino le opportunità dei meno fortunati raggiungendo la funzione liberatoria che gli corrisponde.

Questo significa che le misure sociali destinate alle persone disabili potranno essere solo godute da queste, così come le tasse elevate per i più ricchi saranno vigenti solo per questi e la normativa lavorativa per i lavoratori. Le particolarità di ogni cittadino devono essere prese in considerazione per garantire in ogni caso la dignità umana che ci rende tutti uguali in quanto a valore. Ciononostante, e partendo da tale uguaglianza innegabile che è comune a tutte le persone, ogni trattamento diverso tra cittadini dovrà essere fondato giuridicamente in modo che la sua giustificazione sia chiara. In caso contrario, si esige una posizione identica tra loro.

-----  
166. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 391.

167. Peces Barba, G., *Legitimidad del poder y justicia del Derecho*, in AA.VV., *Curso de Teoría del Derecho*, 2ª ed., con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid 2000, pp. 67-68.

168. Nello stesso senso si esprime Dworkin quando dice che "Il governo deve trattare chi governa con considerazione, cioè, come esseri umani capaci di sofferenza e di frustrazione, e con rispetto, ossia come esseri umani capaci di arrivare a concezioni intelligenti di come devono vivere la propria vita e di comportarsi in base ad esse. Il governo non solo deve trattare la gente con considerazione e rispetto, ma con uguale considerazione e rispetto (...). Presi nell'insieme, questi postulati enunciano quello che possiamo denominare concezione liberale dell'uguaglianza; però quello che enunciano è una concezione dell'uguaglianza, non della libertà come licenza (...) coloro che occupano il potere devono trattare gli altri come trattano se stessi, non nel senso di fornirgli unicamente gli stessi beni e opportunità che loro stessi si concedono (...), ma nel senso più fondamentale di cercare, nella misura del possibile, di vedere definita la funzione di ogni persona in base alle ambizioni e ai valori di tale persona" (Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 389 e 484).

169. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 403.

Anche Portela definisce l'uguaglianza materiale e afferma che comprende "il conseguimento dei valori e dei mezzi che permettono il pieno sviluppo della persona e la sua partecipazione nell'organizzazione economica, politica e sociale di un Paese" (Aguilera Portales, R. E., *La igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental*, in Figueruelo, A., *¿Igualdad ¿para qué?*, Editorial Comares, Granada 2007, p. 43).

170. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 404.

Sull'ineguaglianza *de iure* giustificata da un'uguaglianza *de facto*, Alexy pensa che può essere perfettamente ragionevole secondo la massima bifronte che caratterizza la stessa un'uguaglianza *de iure*. Secondo l'autore, tale massima consta di due enunciati che affermano i cosiddetti "diritti di uguaglianza definitivi astratti"<sup>171</sup>. "Se non esiste nessuna ragione sufficiente per l'accettazione di un trattamento diseguale, allora è ordinato un trattamento eguale (...). Se esiste una ragione sufficiente per ordinare un trattamento diseguale, allora è ordinato un trattamento diverso"<sup>172</sup>. Su queste due massime si fondano i "diritti di uguaglianza definitivi concreti"<sup>173</sup> che definiranno le diverse manifestazioni concrete del diritto all'uguaglianza. Ebbene, l'obiettivo dell'uguaglianza *de facto* può superare in quanto a valore quello dell'uguaglianza *de iure* e giustificare la sua abolizione in un determinato caso.

Nella prospettiva di Alexy, il diritto all'uguaglianza *de iure* e *de facto* convivono in una forma di "diritti di uguaglianza *prima facie* astratti"<sup>174</sup>. Il diritto *prima facie* all'uguaglianza *de iure* esige l'assenza di trattamenti diseguali nella legge, e il diritto *prima facie* all'uguaglianza *de facto* esige azioni positive dello Stato a favore delle persone meno avvantaggiate con lo scopo di equiparare la loro situazione in quanto a diritti, opportunità e dignità di vita a quella del resto di cittadini.

L'importanza dei diritti che stiamo analizzando è (oltre alla pietra angolare del neocostituzionalismo) essenziale per ogni sistema democratico<sup>175</sup>. All'interno dell'inesorabile

-----  
171. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 415.

172. Ibid., p. 408.

173. Ibid., p. 417.

174. Ibid., p. 418.

175. In questo senso Ferrajoli sostiene che "Bobbio e Bovero parlano dei diritti fondamentali, di libertà e sociali come "precondizioni logiche" della democrazia. Però una precondizione logica è una condizione necessaria, vale a dire una *conditio sine qua non*, la quale pertanto non può smettere di far parte della definizione del termine definito. Sono queste condizioni o precondizioni quelle che determinano ciò che abbiamo denominato in varie occasioni la dimensione sostanziale della democrazia, la quale si riferisce esattamente a ciò che non può decidere e a ciò che non può essere deciso – insomma, ai contenuti, ossia alla sostanza delle decisioni – in opposizione alla sua dimensione formale, la quale al contrario si riferisce a come e a chi, vale a dire alla forma delle decisioni: una dimensione che è stata impiantata nella democrazia per quel cambiamento di paradigma del diritto". (Ferrajoli, L., *La esfera de lo indecible y la división de poderes*, in *Estudios Constitucionales*, Año n. 6, Nº 1, 2008, p. 339).

Inoltre queste condizioni non sono altro che la "garanzia della democrazia politica stessa" poiché senza di esse è inevitabile la tragedia che "con metodi democratici si sopprimano gli stessi metodi democratici" (Ferrajoli, L., *Sobre la definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero*, in *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, nº 19, 2003, p. 229). Allo stesso modo Habermas considera che "Tutti i diritti fondamentali hanno un ambito nucleare più vicino o più lontano dal vincolo con la democrazia" (Habermas, P., *Recientes sviluppi sui diritti fondamentali in Germania*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año n. 1, Nº 1, 1993, p. 155).

Anche Marcone sostiene la stessa idea quando afferma che "Il riconoscimento del mutuo diritto ad avere diritti esprime, da una parte, la pluralità che riconosce la differenza, ma anche l'universalità che riconosce a tutti una stessa libertà. Per questo, la sovranità popolare si mette in marcia solo con il riconoscimento mutuo del diritto ad avere diritti" (Marcone, J., *Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas*, in *Andamios*, vol. 5, nº 10, México 2009, p. 48).

unione tra rispetto verso la dignità di ogni individuo e salute della democrazia, dobbiamo rilevare che la prima è una premessa indispensabile affinché la società possa esigere delle responsabilità al cittadino per l'uso della sua libertà. “Secondo Rawls, quando la struttura di base della società distribuisce i beni fondamentali secondo i principi di giustizia, le opportunità sono state eguagliate, e gli individui possono formare, rivedere e perseguire la concezione del bene che essi considerano come di valore. In tale situazione gli individui sono responsabili delle proprie concezioni del bene, vale a dire: devono farsi carico dei costi che comporta il fatto di realizzare i propri piani di vita.”<sup>176</sup>. Anche Ferrajoli afferma che “in un senso non formale e politico, ma sostanziale e sociale di “democrazia”, lo Stato di Diritto equivale alla democrazia: nel senso che riflette, al di là della volontà della maggioranza, gli interessi e i bisogni vitali di tutti. “Nessuna maggioranza, si è detto, può decidere la morte di un innocente o la privazione dei diritti fondamentali di un individuo o di un gruppo minoritario; e neanche può smettere di decidere le misure necessarie affinché ad un cittadino venga assicurata la sussistenza o la sopravvivenza”<sup>177</sup>.

Per questo, quei modelli sociali che ignorano o condizionano i diritti inalienabili della persona<sup>178</sup>, oltre a degradare la loro legittimità e la qualità della loro democrazia, si trasformano in giustizieri della propria sopravvivenza. Così, Dworkin asserisce che “molte società le cui ideologie dominanti hanno rifiutato il conflitto tra valori sono finite in qualche tipo di disastro, e questo senza dubbio ci mette in guardia”<sup>179</sup>. Il fatto è che una volta profanato il carattere sacro della dignità dell'individuo, la possibilità che questa profanazione si ripeta aumenta. Quando una società dimentica il valore di tutti i suoi cittadini e decide di commerciare con esso per soddisfare la propria cupidigia, è possibile che cada nel disastro, un disastro che può benissimo colpire la maggioranza sociale che, per egoismo, ha permesso il sacrificio della minoranza per ottenere delle utilità non necessarie, e alla fine essa è stata sacrificata in onore all'opulenza

---

176. Loewe, D., *Teorías de justicia igualitaria y derechos culturales diferenciados*, op. cit., p. 285. Nello stesso senso “Dworkin distingue tra *circostanze* e *decisioni*. Una teoria liberale deve essere “sensibile in rapporto alle decisioni” e “insensibile in rapporto alle circostanze” (Dworkin, R., “What is Equality? Part 1: Equality of Welfare” (*Philosophy and Public Affairs*, 10(3): 185-246, citato da Loewe). Gli individui sono responsabili delle proprie azioni, ma non delle circostanze nelle quali prendono le loro decisioni (a meno che, è chiaro, queste circostanze siano il risultato di decisioni che si possono attribuire alla responsabilità) (...). Quando si tratta di circostanze che sono arbitrarie da un punto di vista morale (nessuno decide di nascere in una famiglia economicamente svantaggiata, o con disabilità fisiche o mentali), e costituiscono degli svantaggi, esiste *prima facie* un diritto ad essere compensato”. Questo è la base di una teoria liberale di giustizia distributiva (Ibid., p. 287).

177. Ferrajoli, L., *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995, p. 865.

178. Questo è il caso dell'utilitarismo classico già descritto. Usando le parole di Agudelo “Il problema principale dell'approccio utilitaristico è che non concede nessuna importanza intrinseca ai diritti e alle libertà, questi si valutano solo indirettamente, e nella misura in cui influiscono sulle utilità” (Agudelo, Carlos A. *Los derechos humanos como bienes básicos de las personas morales*, in *Jurídicas*, vol. 4, n° 1, Universidad de Caldas, Colombia 2007, p. 62).

179. Dworkin, R., *La justicia con toga*, op. cit., p. 131.



di una élite ancor più ridotta<sup>180</sup>.

In tal senso, Rawls esorta ogni società a non basarsi su nessun modello di “giustizia” che degeneri nelle “condizioni sociali che indeboliscono l'autorispetto”<sup>181</sup>, vale a dire, che conducano l'individuo alla convinzione della propria insignificanza, al carattere relativo della propria dignità e di quella del prossimo e di conseguenza al deterioramento della propria moralità, alla perdita dei propri sogni più nobili e alla degradazione allo stadio animale. Nello stesso senso, Dworkin afferma che “non vivo così bene, se vivo in una comunità in cui altri considerano che i miei sforzi per condurre una vita buona sono impegni che non hanno importanza. In realtà è umiliante per tutti un sistema politico ed economico consacrato all'ineguaglianza, perfino per coloro le cui risorse traggono beneficio dall'ingiustizia”<sup>182</sup>.

### **3. Deliberazione e democrazia partecipativa come strumenti di perfezionamento del diritto**

Nel punto precedente abbiamo menzionato il consenso, frutto della deliberazione cittadina, come strumento particolarmente prezioso nella costruzione di un diritto giusto e legittimo, poiché massimizza la razionalità del suo processo creativo e la sua accettazione popolare. Allo stesso tempo, l'accesso cittadino all'informazione politica, il diritto di ogni persona a far sentire la propria voce nel dibattito pubblico (tutto questo espressione della democrazia deliberativa), e a esercitare la propria sovranità partecipando, sempre che sia possibile, nel prendere decisioni in modo diretto, vale a dire, prescindendo da rappresentanti politici intermediari (essenza della democrazia partecipativa), non sono che manifestazioni logiche e senza dubbio esigibili dei diritti fondamentali alla partecipazione politica (oltre ad essere eccellenti vie per la deliberazione cittadina prima citata) che acquisiscono tutto il loro senso in seno al neocostituzionalismo, caratterizzato dal proposito di sviluppare al massimo i principi costituzionali. Per questa doppia ragione, democrazia deliberativa e partecipativa sono concetti presenti nella filosofia neocostituzionalista e vivi nel diritto costituzionale, soprattutto

---

180. Íñigo Gálvez afferma che “anche se a prima vista la norma giuridica sembra provenire da fuori e sembra essere imposta senza il concorso della volontà del soggetto destinatario, non è meno vero che il sistema di norme giuridiche abbia bisogno di una accettazione interna minima per essere valido, vale a dire, che in qualche modo, anche le norme giuridiche (o qualche norma giuridica) hanno un'origine autonoma”. E tale accettazione è impossibile in questo grado di ingiustizia (Álvarez Gálvez, I., *Sobre el carácter irrenunciable de los derechos humanos*, in *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 5, 2002).

181. Rawls, J., *El liberalismo político*, op. cit., pp. 351 e segg. Autorispetto che nasce da “i più basilari beni primari” già segnalati (Ibid., p. 352).

182. Dworkin, R., *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, Barcelona 1993, p. 179. Il punto è che “alcune delle questioni di maggior portata riguardo alla qualità di una buona vita sono anche questioni politiche” (Ibid., p. 65).

in molte delle nuove costituzioni latinoamericane. Al loro studio dedicheremo i paragrafi seguenti.

### **3.1 Habermas: il collegamento morale risultato della democrazia deliberativa come la chiave per l'efficacia sociale del diritto**

Iniziamo l'analisi della democrazia deliberativa fatta da Habermas. Questo autore sostiene una teoria sul fondamento del diritto realmente complessa e ricca, poiché si appoggia su elementi di numerose (e contrapposte) tesi preesistenti allo scopo di approfittare dei contributi veramente utili di ciascuna di esse. Il suo pensiero “si oppone al positivismo per la sua mancanza di critica dialettica e la sopravvalutazione della realtà, si oppone al funzionalismo e alla teoria dei sistemi, per ridurre il mondo della vita a formule, per i suoi schemi riduttivi e il suo aspetto normativo. Però allo stesso tempo cerca di raccogliere aspetti di queste teorie”<sup>183</sup>. L'opera habermasiana collega la teoria del linguaggio, la teoria etica e la teoria sociale.

Come passaggio precedente per identificare il problema giuridico, Habermas realizza un'analisi dell'agire sociale dove, tra molte altre materie, si embrica il diritto. Le due principali manifestazioni dell'agire sociale sono quella comunicativa, che permette la comunicazione tra soggetti, e quella strategica o strumentale, orientata al successo della collettività. L'agire comunicativo si rivela vitale per il progresso della società dal momento che questa è una costruzione collettiva che richiede lo sforzo congiunto della cittadinanza per prosperare. È chiaro che la semplice ricerca individuale del successo comporterà la frammentazione e il fallimento sociale.

All'interno del discorso pratico frutto dell'agire comunicativo è essenziale il valore dell'uguaglianza che fonda la situazione discorsiva ideale sostenuta da Habermas. Questo valore garantisce i requisiti fondamentali dell'assenza di coazioni tra gli interlocutori e lo scambio libero e incontrastato di idee che deve caratterizzare ogni dialogo legittimo e valido. La pretesa di correttezza in questo contesto è chiara, poiché gli interlocutori dialogano, sempre che si presentino le condizioni ideali habermasiane (che permettono la già accennata uguaglianza nel dialogo e che analizzeremo a continuazione), cercando la verità. La tesi di Habermas si associa a una “vuotezza semantica” dato che si riduce alle condizioni del discorso, ma non al

---

183. Cárdenas Rivera, M. E., *Acerca del vínculo entre el Derecho, el Estado y la democracia: a propósito de Habermas y su aporte a la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho*, in *Utopía y praxis latinoamericana*, *Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, n° 20, 2003, p. 81.

suo contenuto<sup>184</sup>.

Come è chiaro, l'agire comunicativo è la chiave degli accordi tra soggetti che conducono alla somma di volontà e al coinvolgimento in un progetto comune. L'agire comunicativo possiede delle premesse ideali (concetti inerenti a ogni discorso linguistico) che si rivelano imprescindibili per il suo corretto funzionamento, per la sua utilità e accettazione sociale. Questi ideali avranno, logicamente, la loro effettiva corrispondenza nel mondo reale, dove si concretizzeranno in manifestazioni tangibili e caratterizzate dall'incastro polemico, in alcuni casi, con il concetto ipotetico a cui si riferiscono, e che difficilmente potranno rifletterlo in modo assoluto. Proprio questa tensione tra premesse ideali e le loro concretizzazioni linguistiche e sociali è una costante nell'agire comunicativo, come vedremo più avanti.

Queste premesse ideali posseggono un'immensa ripercussione sull'ordinamento sociale, dal momento che la loro accettazione da parte dei membri della società è la base della conservazione di tale ordinamento, cioè, a seconda se i partecipanti nella società accettino la sua validità per essere frutto di un dialogo razionale e valido. Enunciamole a continuazione: "a) Carattere pubblico e inclusione (...), b) uguaglianza nell'esercizio delle facoltà di comunicazione (...), c) esclusione dall'inganno e dall'illusione: i partecipanti devono credere in quello che dicono (...), d) assenza di coazioni"<sup>185</sup>. Vale a dire, Habermas promuove un dialogo dove nessuno sia escluso, dove esistano identiche possibilità di parlare e di essere ascoltato, dove i partecipanti agiscano in buona fede e cercando la verità, e dove nessuno sia costretto a tacere o ad appoggiare posizioni che non condivide. Autori come Alexy condividono a grandi

-----  
184. Secondo l'opinione di Martínez de Velasco, "tale vuotezza non riflette nessun genere di imperfezione o di incompiutezza, ma deriva, come sappiamo, dalla natura formale o meta-etica della struttura di un'azione comunicativa incaricata non di dettare che cosa si deve dire o smettere di dire, ma di stabilire sotto quali condizioni acquista un significato morale l'atto della parola" (...). L'argomento principale riflette la convinzione che l'azione comunicativa non costituisce nessun discorso che ci segnali cos'è che dobbiamo fare. Ci muoviamo così in un terreno trascendentale – almeno al principio – incaricato di segnalare quali sono le condizioni che trasformino un atto di parola in un atto morale. Tali condizioni si riassumono in una, l'onestà. Questa condizione-quadro ha un doppio aspetto positivo, la trasparenza e la possibilità di incastonarsi in un discorso sociale. Martínez de Velasco, L., *¿Es posible un auténtico Estado de derecho democrático? Jürgen Habermas y las aporías de la sociedad liberal*, in *Eidos, Revista de filosofía*, n° 9, 2008, pp. 201 e 203.

185. Habermas, J., *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*, Paidós, Barcelona 2002, p. 56.

Anche Sunstein considera che le precondizioni della democrazia deliberativa sono "l'uguaglianza politica, l'assenza di comportamento strategico, la piena informazione e l'obiettivo di raggiungere l'intesa" (Sunstein, Cass R., *A cosa servono le costituzioni: dissenso politico e democrazia deliberativa*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 61).

Luigi Bobbio incide sulla stessa idea affermando che i due pilastri della democrazia deliberativa sono "l'uso del confronto argomentato" e "l'inclusione di tutti gli interessi e i punti di vista che sono toccati dall'oggetto della discussione". L'autore la considera una forma di democrazia partecipativa (Bobbio, L., *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, 4, 2006, p. 11).

linee questa posizione<sup>186</sup>. Il punto c) è particolarmente utopico se partiamo dalla base che non ci stiamo riferendo alla discussione politica, dove non solo la volontà determinata di ingannare, ma i condizionamenti subconsci dell'interesse egoistico allontanano in molti casi il discorso del cittadino dalla pretesa della verità. Parleremo di questo più avanti.

L'esigenza di validità è il criterio dalla cui soddisfazione dipende la continuità del modello sociale vigente in ogni momento. Al momento di cercare la validità, Habermas parte, come abbiamo già indicato, dalla sua teoria consensuale delle verità, secondo la quale "la condizione per la verità degli enunciati è la potenziale approvazione di tutti gli altri"<sup>187</sup>. L'autore considera che la forza legittimatrice di una politica deliberativa risiede nella "struttura discorsiva di una formazione dell'opinione e la volontà che può solo compiere la sua funzione socio-integratrice grazie all'aspettativa di qualità razionale dei suoi risultati. È da lì che il livello discorsivo del dibattito pubblico costituisce la variabile più importante"<sup>188</sup>, obiettivo che si raggiungerà rispettando le condizioni del paragrafo precedente. Questa tesi serve per proposizioni non normative, però anche e allo stesso modo per quelle normative. La chiave della validità della proposizione sta nel fatto che essa si fonde con un consenso basato su delle argomentazioni.

Proiettiamo a continuazione la tesi hebermasiana della validità sociale sull'ambito giuridico e la sua legittimazione. La validità sociale, vale a dire, i criteri ordinatori della società

-----  
186. Alexy considera che la dimensione pragmatica del discorso giuridico permette la sua connessione con la morale e le dà una piena validità. L'esigenza di correttezza obbliga a giustificare con argomenti, che cosa si deve fare partendo dall'uguaglianza tra gli interlocutori, la libertà dalla costrizione e l'universalità dei partecipanti "chiunque fornisca delle ragioni giustificative per qualche asserzione solleva, quantomeno in relazione al processo di giustificazione, delle pretese di eguaglianza, libertà dalla costrizione e di universalità" (Alexy, R., *Discourse Theory and Human Rights*, in *Ratio Juris*, n. 3, 1996, pp. 215-216). Le regole del discorso rappresentano in senso debole una forma di argomento pragmatico trascendentale (Ibid., p.217). "Qualcosa può essere buono e prezioso per qualcuno, senza essere buono o prezioso per tutti. Ciò che è giusto rappresenta il punto di vista morale universale. La sua priorità può essere giustificata solo mostrando che il punto di vista morale è necessario per tutti. Questo si può fare ricostruendo presupposizioni necessarie implicite in atti di parola elementari, come affermare, chiedere e argomentare, che sono inevitabili o indispensabili per tutti" (Alexy, R., *La tesis del caso especial*, in *Isegoría*, Revista de filosofía moral y política, n° 21, 1999, p. 28). Alexy descrive nella sua opera *La institucionalización de la justicia* le condizioni dell'argomentazione pratica razionale. Queste si dividono in quelle che sono valide per qualsiasi argomentazione pratica razionale indipendentemente dalla teoria del discorso (come la non contraddizione, la verità empirica, la ponderazione o la universalizzabilità) che valgono anche per monologhi e quelle che sono specifiche della teoria del discorso, essendo le più importanti "1. chi può parlare può far parte del discorso 2. a) qualsiasi persona può mettere in discussione qualsiasi affermazione, b) chiunque può introdurre qualsiasi informazione nel discorso, c) chiunque può esprimere le proprie opinioni, i propri desideri e i propri bisogni, 3. non si può impedire a nessun parlante, mediante una coercizione interna o esterna, di esercitare i propri diritti stabiliti nei punti 1) e 2). Ma, ricordiamo, in ogni caso "Esiste un nucleo di diritti umani che possiede validità eterna. Con validità eterna mi riferisco alla validità per tutti gli esseri umani indipendentemente dal tempo e dallo spazio" (Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, op. cit., p. 66).

187. Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de M. Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid 1994, p. 121.

188. Habermas, J., *Facticidad y Validez (sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso)*, 4ª edición, traducida por Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid 1998, p. 381.

attualmente dominanti, può essere divergente dalla visione sulla validità ideale, cioè, dall'insieme di premesse non vigenti sulle quali una persona o un gruppo di persone pensa che debba basarsi il sistema sociale. Quest'ultima visione può finire per essere assunta dalla maggioranza del popolo. In questo caso, la stabilità della comunità politica si sgretola e “saranno i contenuti morali della ragione politica, quelli che determineranno l'uso emancipatore della razionalità quando questa realizzi fini etici e libertari”<sup>189</sup>.

Nel passato si riuscì ad evitare questo divorzio tra la società e le pretese di cambiamento dei suoi membri attraverso le tradizioni e le istituzioni arcaiche. L'incontestabile rispettabilità delle stesse, basata sulle “verità” più sacre, e per questo indiscutibili, della coscienza collettiva, era sufficiente ad assicurare l'assenza di critiche al modello sociale, almeno in quanto ai suoi pilastri fondamentali. In questo modo, le istituzioni esercitavano un potere, però, come la tradizione, erano referenti di una validità morale embricata sin dall'antichità nell'idiosincrasia del popolo. Tuttavia, questo vincolo si rompe nella società attuale in cui la diversità è una costante e veramente in pochi ricorrono alle tradizioni per avere una guida<sup>190</sup>.

Prendendo come riferimento il proprio codice di valori o semplicemente l'egoismo che lo porta a preoccuparsi solo dei propri interessi, il cittadino non accetta più verità assolute la cui unica fonte di legittimazione è che nel passato già esistevano<sup>191</sup>. La morale religiosa, il sacrificio per la patria e altri codici etici che propugnavano il condizionamento dell'individuo, la sua dedizione a favore di progetti o enti che trascendevano la sua persona, sono stati sostituiti dall'individualismo più crudo. Gli ideali di autodeterminazione e di autorealizzazione riflettono la riduzione della morale all'ambito individuale (o al massimo di gruppo) in modo che ogni individuo giudichi quale debba essere il suo cammino, costruisca un modello di vita buona, inoltre questa scelta può essere diversa o perfino radicalmente contraria a quella che fa il suo vicino, sempre e quando non violi i suoi diritti. La morale universale e onnipresente dettata dalla religione o dallo Stato per tutto il popolo è persa nel passato.

La sfida della società è quella di trovare un nuovo criterio che sostituisca la tradizione e conservi l'integrità sociale, imponendo al cittadino doveri giuridici che restringano il suo margine d'azione, però che allo stesso tempo gli trasmettano la convinzione che è giusto che li accetti, perché si configura così un ordinamento giuridico adeguato ed efficace. “Lo Stato

-----  
189. Gómez Montiel, Z., *Racionalidad moral y justicia social de las instituciones políticas*, in *Frónesis*, abril 2007, vol. 14, n° 1, p. 86.

190. Bongiovanni, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, op. cit., p. 113. Si veda anche Habermas, J., *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 87 e segg.

191. Ibid., p. 114.

costituzionale moderno può solo sperare nell'obbedienza dei suoi cittadini verso legge se, e nella misura in cui, (questa) si appoggi sui principi degni di riconoscimento, alla cui luce (...), si possa giustificare come legittimo ciò che è legale”<sup>192</sup>.

Nella nuova società, è competenza del diritto democratico conseguire tale proposito. “Attualmente l'unica fonte metafisica che dà legittimità al legislatore politico è il procedimento democratico (...). La teoria del libero discorso dà una risposta alquanto semplice su cos'è che conferisce a questo procedimento democratico la sua forza legittimatrice, poiché questo facilita la libera circolazione di temi e contributi, di informazioni e ragioni, assicura alla formazione politica della volontà il suo carattere discorsivo fondando con esso il sospetto fallibile che i risultati ottenuti conformi al procedimento siano più o meno razionali”<sup>193</sup>. Nello stesso senso, Rawls afferma che “la stabilità di una società democratica esige che la sua concezione politica possa essere il faro di un “consenso sovrapposto di dottrine ragionevoli”, che a sua volta serva da sostegno a un regime costituzionale”<sup>194</sup>.

Il potere amministrativo da cui nasce il diritto deve configurare, quindi, il suo contenuto mediante il potere comunicativo il cui canale è la democrazia deliberativa (caratterizzata dalle condizioni ideali dell'ordine comunicativo precedentemente esposte), essendo legittimo solo in tal modo. È imprescindibile una teoria dell'argomentazione che recuperi la credibilità dei sistemi giuridici mediante il suo fondamento razionale<sup>195</sup>. Inoltre il sistema che Habermas sceglie per raggiungere questi scopi è lo Stato di Diritto che “istituzionalizza l'uso delle libertà comunicative e (...) regola la trasformazione del potere comunicativo-amministrativo”<sup>196</sup>. Il governo e le istituzioni elette democraticamente hanno la capacità e l'autorità morale per formare una volontà comune in rappresentanza dei loro elettori attraverso il dialogo tra i rappresentanti politici, sulla base della quale si costruirà il diritto legittimo. Però affinché tale

-----  
192. Habermas, J., *Otoño de 1983 o la neutralización moral del derecho*, in *Ensayos políticos*, Ediciones Península, Barcelona 2002, p. 81. Nello stesso senso De Domingo afferma che “Il funzionamento del sistema giuridico che introducono le costituzioni contemporanee è impossibile senza il concorso della ragione pratica” (De Domingo Pérez, T., *Neoconstitucionalismo, positivismo y fundamentación de la obligatoriedad de la Constitución* in *El positivismo jurídico a examen, estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, op. cit., p. 358). “Dinanzi a un sistema giuridico come quello che sorge dalle costituzioni contemporanee è particolarmente necessario indagare quali ragioni giustificano l'obbligatorietà della costituzione” (Ibid., p.361), poiché “la semplice forza non genera obbligatorietà” (Ibid., p. 363).

193. Cárdenas Rivera, M. E., *Acerca del vínculo entre el Derecho, el Estado y la democracia: a propósito de Habermas y su aporte a la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho*, in *Utopía y praxis latinoamericana, revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*, n° 20, 2003, pp. 81e 83. Si veda anche Habermas, J., *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 87 e segg.

194. Rawls, J., *El Liberalismo político*, op. cit., p. 96.

195. Calsamiglia, A., *¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?*, in *Doxa*, 1990, p. 26.

196. Cárdenas Rivera, M. E., *Acerca del vínculo entre el Derecho, el Estado y la democracia: a propósito de Habermas y su aporte a la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho*, op. cit., p. 94.

legittimità sia piena ciò non si può realizzare in qualsiasi contesto, ma si richiede la configurazione di società più egualitarie, dove il modello che operi non sia solo quello in cui l'opinione pubblica riceva i problemi di un potere politico (e informativo) che la manipoli e le dica quali sono le sue sfide e i suoi bisogni, ma “un modello di iniziativa dall'esterno”, in cui gruppi che sono fuori dal governo siano capaci di risaltare i suoi problemi, di sommare volontà e di creare la pressione sufficiente su coloro che devono prendere le decisioni. “Bisogna ubicare il valore della democrazia nella moralizzazione delle preferenze delle persone come unica forma per raggiungere una filosofia pratica del potere e la sua autentica rappresentazione istituzionale, che ci permetta di scoprire e di incrementare le nuove condizioni sociali, le ingiunzioni economiche, le pratiche politiche, il concetto di giustizia e di libertà morale, con i quali costruire nuove relazioni umane di interazione e solidarietà associata alla pace e al bene in comune”, ottenendo che questa filosofia “si inserisca nella validità delle istituzioni e dei principi che le sostengono.”<sup>197</sup>.

Il potere amministrativo compierà la sua funzione di creare le norme giuridiche che sorgano da questo dialogo e che devono raccogliere le ragioni morali e i valori della società concreta, essendo fedele alle condizioni ideali dell'agire comunicativo prima citate. La sua funzione è quella di trasformare in norma effettivamente obbligatoria il frutto dell'esercizio del potere comunicativo. Dunque, la fonte di legittimità del diritto non si trova nella tradizione o nel giusnaturalismo, ma nell'atto della sua fondazione<sup>198</sup>.

Il diritto, a differenza della tradizione, è modificabile, ma il suo non adempimento comporta delle sanzioni giuridiche. Il cittadino deve essere cosciente della sua potestà per configurare l'ordinamento attraverso la sovranità, ma deve anche capire che se non adempie alle

-----  
197. Gómez Montiel, Z., *Racionalidad moral y justicia social de las instituciones políticas*, op. cit., pp. 86-118. Come afferma La Torre, “La libertà come valore è potenzialmente espansiva e scatena una forza globale; il metodo democratico, al contrario, proprio rispetto al valore “libertà”, costituisce una riduzione, un quadro ridotto in qualsiasi misura. Vale a dire, il metodo, o meglio questo metodo, può tradire l'energia, la potenzialità, l'universalità del valore (La Torre, M., *Discutiendo de democracia: representación política y derechos fundamentales*, in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 2, N° 3, 1994., p. 233). Nei regimi democratici l'azione politica dei cittadini può ridursi a un'operazione di scelta dei propri sovrani (o, più frequentemente, di un terzo dei sovrani, vale a dire dei sovrani insediati su un terzo dello spazio completo del Potere). L'elettore non determina l'azione del suo rappresentante, gli conferisce semplicemente la capacità di volere nel suo nome e nel suo interesse (Ibid., p. 243).

198. Si tratta della “connessione retroalimentativa” tra il potere comunicativo e il potere amministrativo che per Habermas assume come base la divisione dei poteri (Habermas, J., *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 257 e segg.).

Nello stesso senso La Torre afferma che “Mentre nello Stato di Diritto la garanzia della libertà è costituita dalla scomposizione del Potere politico (in senso ampio) nei tre sottopoteri e nella sua sottomissione alla legge, nello Stato democratico tale garanzia risiede nell'entrata delle istanze della società civile nella dimensione politica e pertanto la sottomissione del Potere politico (in senso ampio) ai bisogni e ai diritti della società civile.” (La Torre, M., *Discutiendo de democracia: representación política y derechos fundamentales*, op. cit., p. 241).

norme approvate nell'esercizio collettivo di tale sovranità ne pagherà le conseguenze previste dalla legge. Tuttavia, questa minaccia non può essere mai il fondamento dell'obbedienza al diritto, tra le altre cose perché, come afferma Nino, la sua efficacia è molto limitata, giacché il cittadino approfitterà di qualsiasi sotterfugio (che il suo ingegno si incaricherà di cercare) per evadere gli obblighi derivati da una legge in cui non crede<sup>199</sup>.

Per questo, è vitale che la cittadinanza si comprometta veramente con il diritto, intendendolo come una ragione giusta e moralmente vincolante al momento di operare, cosa che può derivare solo dalla sua esigenza di legittimità in accordo con il principio di "auto legislazione del cittadino", secondo cui coloro che sono soggetti al diritto si vedono come autori dello stesso<sup>200</sup>. Come riconosce Sunstein, "un governo democratico si basa sulle ragioni e sulle argomentazioni, non solo sul potere e sui voti"<sup>201</sup>. Solo in questo contesto di libertà, giustizia e vera democrazia sarà legittimo sanzionare il cittadino che non compia la legge.

Habermas si vanta del rigore della sua proposta, sostenendo che essa libera il dialogo cittadino da ogni pregiudizio o precondizione e lo incammina sul sentiero della Ragione<sup>202</sup>. Tuttavia, questa affermazione è incompatibile (almeno in astratto) con gli stessi obiettivi che Habermas dice di perseguire. In tal modo, e secondo la tesi di Bernstein, "la regola della maggioranza non sarà sufficiente ad assicurare il processo democratico, se non va accompagnata da determinate virtù politiche classiche, come la saggezza pratica, la giustizia, il coraggio e allo stesso tempo la moderazione"<sup>203</sup>. L'autore considera inattuabile il modello di Habermas per l'assenza di queste virtù nella società, delle virtù il cui fomento richiede premesse materiali nell'assetto sociale, come segnaleremo a continuazione<sup>204</sup>.

-----  
199. "La validità della norma giuridica ha luogo quando lo Stato garantisce allo stesso tempo due aspetti: bada, da un lato, che in termini medi, e in caso necessario ricorrendo a sanzioni, la norma venga ubbidita, e garantisce, dall'altro lato, le condizioni istituzionali affinché la norma si produca in termini di legittimità, in modo che in ogni momento possa essere anche obbedita (rispetto alla legge)" (Cárdenas Rivera, M. E., *Acerca del vínculo entre el Derecho, el Estado y la democracia: a propósito de Habermas y su aporte a la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho*, op. cit., p. 84).

200. Habermas, J., *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 186 e 187

201. Sunstein, C. R., *A cosa servono le costituzioni: dissenso politico e democrazia deliberativa*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 8.

202. "È Habermas (e non Rawls) colui che effettivamente parte da zero al momento di costruire dei principi di giustizia e i suoi contenuti. Essendo coerente con questo presupposto, Habermas postula una democrazia procedurale pura o formale. I cittadini facendo uso della ragione e del discorso hanno il diritto di decidere su qualsiasi cosa. La sua fuga da qualsiasi democrazia sostantiva, da una democrazia che accoglie i contenuti etici che provengono dall'accordo, e che pone i limiti allo stesso, lo conduce a criticare seriamente Rawls. Rawls ammette dei presupposti (i due principi di giustizia) che non dimostra. Come contrasto con la democrazia procedurale pura di Habermas, è imperfetta perché contaminata da contenuti sostantivi" (Elósegui Itxaso, M., *La inclusión del otro. Habermas y Rawls ante las sociedades multiculturales*, in *Revista de Estudios Políticos*, dicembre, n° 98, 1997, pp. 59-84). Si veda in tal senso la critica di Habermas a Rawls in *Facticidad y Validez*, op. cit., pp. 127 e segg.

203. Elósegui Itxaso, M., *La inclusión del otro. Habermas y Rawls ante las sociedades multiculturales*, op. cit. p. 78.

204. Elósegui Itxaso, M., *La inclusión del otro. Habermas y Rawls ante las sociedades multiculturales*, op. cit. p. 78.



Dall'altro lato Nino sottolinea che “anche quando sia corretta la descrizione della struttura del discorso morale vigente, tale struttura è *impotente* per permettere la derivazione di principi morali sostantivi. Criteri come quelli dell'universalità o quello dell'accettabilità di principi sotto condizioni di imparzialità sono insufficienti a generare modelli di azione, se non si presuppone una certa concezione del bene personale, quella che a sua volta deve essere in modo inerente associata a una determinata visione della personalità morale”<sup>205</sup>. In modo che, se partiamo dalla base del discorso morale così come si è sviluppato nella nostra cultura, la materia prima per elaborare principi di giustizia che generino diritti individuali non è data solamente dal criterio procedurale dell'accettabilità di principi universali, generali..., in condizioni ideali di razionalità e imparzialità, ma include anche il valore sostantivo dell'autonomia personale che soggiace a tale discorso<sup>206</sup>, un valore che inoltre è logicamente necessario per ogni deliberazione.

E questo ci porta alla necessità di elaborare un catalogo di diritti fondamentali capaci di collocare il cittadino nella posizione di inclusione, uguaglianza e assenza di inganni e coercizioni nella negoziazione sociale perseguita dallo stesso Habermas, ed elevare così le possibilità che si avvicini alle virtù politiche classiche prima menzionate e alla vera libertà di partecipazione al dialogo pubblico. Malgrado le ambigue allusioni che Habermas dedica ai diritti fondamentali come elemento fondante della società, una lettura rigorosa delle sue tesi ci porta alla conclusione che la democrazia deliberativa sarà una fallacia se non è sviluppata da una cittadinanza che vede i propri diritti fondamentali, inclusi quelli sociali, effettivamente realizzati<sup>207</sup>.

-----  
205. Nino, C. S., *Liberalismo versus comunitarismo*, op. cit., p. 372.

206. Ibid., p. 373.

207. Nel seguente paragrafo, citato dallo stesso Habermas, questo è particolarmente chiaro “l'essenza dei diritti umani risiede nelle condizioni formali per l'istituzionalizzazione legale dei processi discorsivi della formazione di opinione e di volontà, attraverso i quali la sovranità del popolo può essere esercitata” (Habermas, J., *Derechos humanos y soberanía popular: la concepción liberal y republicana*, trad. de Jesús González Amuchastegui, in *Derechos y Libertades*, n. 3 (1994), p. 230).

Così, lo stesso Habermas afferma che i cittadini possono solo fare un uso adeguato della propria autonomia pubblica se sono indipendenti nell'ambito della propria autonomia privata, assicurata in modo egualitario e mediante il rispetto reale dei diritti fondamentali (Habermas, J., *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 193 e 194).

Nello stesso senso, Rawls afferma che “se il foro politico deve essere libero e aperto e in sessione continua, tutti dovrebbero essere capaci di accedere ad esso (Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 213). L'autore mostra apertamente come mezzi necessari per l'effettiva libertà politica che “la proprietà e la ricchezza devono mantenersi ampiamente distribuite, e il governo agirà da una base stabile per fomentare i dibattiti pubblici liberi. Inoltre, i partiti politici devono essere indipendenti dagli interessi economici privati, assegnando loro delle entrate sufficienti per prendere parte al sistema costituzionale (Ibid., p. 214).

Anzi, come giustamente dice Alexy, esiste un gruppo di diritti fondamentali relativi alla “formazione della volontà statale”. Mediante questo diritto il cittadino “partecipa, anche se solo sia indirettamente, alla legislazione (...), può essere un avversario del legislatore poiché il suo diritto fondamentale fissa dei limiti alla competenza di questi” (Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 482). I diritti fondamentali permettono la partecipazione del cittadino al processo democratico e allo stesso tempo limitano la competenza del legislatore al momento di escluderli, ma anche di esercitare arbitrariamente il potere che ha ricevuto dal voto. I diritti fondamentali “all'assicurare il procedimento democratico esprimono una fiducia nella sua ragione, tuttavia questa fiducia non è illimitata” (Ibid.). La democrazia ha il suo fondamento e il suo limite nei diritti fondamentali di ogni cittadino.

In effetti, il fomento di tecniche legislative che generano nuovi canali affinché il cittadino conosca gli affari pubblici, affinché possa dialogare su di essi e far sentire la propria voce nella gestione degli stessi, è una magnifica strategia per il perfezionamento e la legittimazione del diritto. Tuttavia non serve a nulla, se ci sono cittadini che non possono partecipare alla deliberazione per mancanza di istruzione, perché le loro giornate lavorative li assorbono completamente, perché le loro circostanze sociali gli causano una sofferenza che annulla il loro potenziale critico e solidale, una democrazia deliberativa che non prospetti come premessa irrinunciabile il rispetto dei diritti fondamentali è così ipocrita e sterile come il gesto di dare un altoparlante a un muto, al posto di strumenti di cui ha bisogno veramente per potersi esprimere<sup>208</sup>.

Vediamo altre possibili obiezioni al modello habermasiano. Diversi autori ritengono che è utopico considerare che tutti gli agenti sociali che partecipano al dialogo sociale (iniziando dai più potenti), pretendano una ricerca pura e disinteressata della verità. Non solo per i pregiudizi molte volte insuperabili, ma anche per la semplice ricerca egoistica di beneficio materiale, le deliberazioni sugli affari pubblici possono finire col trasformarsi in negoziazioni in cui non si pretende il trionfo della ragione, ma l'assemblaggio tra i diversi interessi in modo da soddisfare l'utilità delle maggioranze capaci di imporre gli accordi degenerando in "un'impostazione liberale - per individualista - e dove l'enfasi sulla necessità di armonizzare - non di superare - opinioni diverse e incommensurabili tra loro proprio per "prendere posizioni" davanti all'opinione degli altri ricorda troppo quello che rappresenta un'azione strategica che rinuncia, già dal principio, a una comunicazione onesta e senza riserve"<sup>209</sup>.

In questo senso, Habermas arriva ad affermare che il principio di separazione tra Stato e società ha bisogno nella sua versione astratta di una società civile, vale a dire, di una rete di associazioni e di una cultura politica che rimanga sufficientemente staccata da strutture di

-----  
208. È imprescindibile vegliare per salvaguardare "i criteri della discussione: la capacità di scelta, il soddisfacimento di bisogni fondamentali e lo stesso potere dei soggetti morali nella determinazione di ciò che è corretto" (Asís Roig, R. De, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid 2001, p. 73).

Nello stesso senso, Streck si chiede "come avere dei cittadini pienamente autonomi, come Habermas propugna, se il problema dell'esclusione sociale non è stato risolto? Come avere dei cittadini pienamente autonomi se le loro relazioni sono colonizzate dalla tradizione che li conforma al mondo della vita? In questo senso, basandomi su Ackerman, chiedo: può una scelta essere libera e giusta se gran parte dell'elettorato manca dell'istruzione necessaria per comprendere le principali linee del dibattito politico? O se stanno morendo di fame o se stanno lavorando in condizioni oppressive nella maggior parte del loro tempo? (Streck, L. L., *La Jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales*, in UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 16, 2005, pp. 254-255)

209. Martínez de Velasco, L., *¿Es posible un auténtico Estado de derecho democrático? Jürgen Habermas y las aporías de la sociedad liberal*, in *Eidos*, Revista de filosofía, n° 9, 2008, p. 209.

classe e sia, pertanto, indipendente dal sistema economico<sup>210</sup>. La società civile deve agire come un elemento che disattivi e neutralizzi le posizioni di potere, allo scopo che il potere sociale si imponga solo nella misura in cui renda possibile l'esercizio dell'autonomia cittadina e non la restringa. Tuttavia questo è possibile solo attraverso un sistema basato sulla deliberazione pubblica e l'eguaglianza tra gli interlocutori.

Infine, la cultura di ogni popolo (e l'etica dei diversi ambiti sociali e religiosi di una stessa nazione), condiziona in certa misura le posizioni cittadine nel dibattito politico. Habermas riconosce che "le necessità si interpretano alla luce dei valori culturali; e comunque questi sono sempre parte componente di una tradizione intersoggettivamente condivisa, la revisione dei valori che interpretano le necessità non è qualcosa di cui possono disporre in modo monologico gli individui isolati"<sup>211</sup>. Nino afferma anche che "i giudizi morali sono relativi alle convenzioni che distinguono la stessa pratica dalla discussione morale. Che cosa abbracciano queste convenzioni? Questo non è facile da delimitare, giacché esiste un continuo tra quello che costituisce parte della pratica stessa e quello che si difende attraverso l'esercizio della discussione morale. Sembra essere centrale un certo sistema di concetti – come quelli del giusto, del ragionevole, etc...–, determinate implicazioni conversazionali e certi presupposti valutativi che sono connessi alle funzioni inerenti alla pratica stessa della discussione morale, oltre a ciò che, ovviamente, è coinvolto in ogni discorso o ragionamento"<sup>212</sup>.

Di conseguenza, il diritto deve fondarsi su ragioni morali proprie di una morale ratificata, ma sempre promotrice dei diritti fondamentali e superatrice del modello cieco e irrazionale che accetta regole di condotta solo perché si accettavano già prima. Tuttavia le ragioni morali (e i vincoli culturali già segnalati) non saranno la sua unica guida. Si reggerà anche su motivi etico-politici, che pretendono di portare il cittadino a riconoscere come proprio il diritto vigente affinché realmente si senta identificato con esso. Queste motivazioni possono identificarsi con le direttrici politiche che definisce Dworkin come "standard che propone un obiettivo che deve essere raggiunto (...) una decisione politica (...) che favorisce o protegge qualche meta collettiva della comunità in quanto totalità"<sup>213</sup>, un obiettivo che non si basa sulla morale, ma sulla semplice decisione politica, che logicamente sarà influenzata dai condizionamenti culturali prima citati. Le norme morali possono considerarsi universali, però i criteri etico-politici saranno condizionati dall'*ethos* del popolo a cui si riferiscono.

-----  
210. Habermas, J., *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 440 e segg.

211. Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona 1985, p. 87.

212. Nino, C. S., *Liberalismo versus comunitarismo*, op. cit., p. 370.

213. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 72 e 148.

Tuttavia, nonostante tutte queste “deviazioni”<sup>214</sup> e malgrado la difficoltà di raggiungere pienamente le condizioni ideali del discorso, la democrazia deliberativa continua ad essere la miglior via per ottenere un diritto giusto e una vera democrazia<sup>215</sup>. Secondo le parole di Alexy, “un modello democratico adeguato deve includere non solo decisione, ma anche argomentazione (...), la democrazia deliberativa è uno sforzo per istituzionalizzare il discorso come mezzo per la presa pubblica di decisioni, tanto quanto sia possibile”<sup>216</sup>. Gli impedimenti e i vincoli che interferiscono nello sviluppo della democrazia deliberativa devono essere visti come sfide superabili con impegno e spirito tollerante, partecipativo e integratore.

Parliamo della democrazia partecipativa. La democrazia deliberativa ha bisogno di un complemento per concedere effettivamente al popolo il protagonismo che gli spetta. Una volta elaborati i canali affinché ogni cittadino possa far sentire la propria voce e ascoltare quella degli altri nel dibattito pubblico, si devono stabilire delle vie affinché le opinioni e le idee generate in questo dialogo possano avere una ripercussione effettiva sul governo del Paese, della regione o del comune. Come riconosce Di Giovine, è una triste realtà che “la mediazione partitico-istituzionale tenda a deformare o sacrificare esigenze sentite come vitali da una parte dell’opinione pubblica”<sup>217</sup>. Per questo, servono delle misure come il referendum legislativo

-----  
214. Habermas, J., *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*, Paidós, Barcelona 2002, p. 57. Habermas mostra la sua fiducia nel carattere “autocorrettivo” del processo di argomentazione, poiché le sue carenze saltano all’occhio nello sviluppo insoddisfacente del dialogo, chiamando gli interlocutori al suo perfezionamento (Ibid., pp. 58 e segg.). Tuttavia, l’idealismo di questa posizione si riflette nella sua mancanza di compimento attuale, poiché essendo ovvie tali carenze nelle nostre società, queste non verranno colmate, ma si perpetueranno.

215. Peces Barba insiste anche sul dialogo deliberativo che deve caratterizzare ogni democrazia per la sua capacità di generare consenso “nella produzione normativa il principio delle maggioranze è necessario per la creazione di un diritto valido, mentre il principio della negoziazione, all’ampliare la base del consenso, favorisce la creazione di un diritto efficace”. Nonostante ci siano limiti a questo dibattito come il rispetto alle minoranze e la moralità stabilita nella Costituzione (Peces-Barba, G., *El protagonismo del Parlamento*, in *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 11, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid 1999, pp. 149-150, 256 e segg.). In fondo, e come abbiamo rilevato all’inizio di questo paragrafo, parliamo di perfezionamento del sistema mediante il massimo sviluppo di un Diritto Costituzionale: quello della partecipazione politica, poiché “L’autogoverno è un bene in sé: è un aspetto importante della libertà” oltre ad elevare le probabilità di un buon governo (Sunstein Cass, R., *A cosa servono le costituzioni: dissenso politico e democrazia deliberativa*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 7). Come ben afferma Allegretti, la democrazia deliberativa e partecipativa si può concepire come un diritto fondamentale alla partecipazione politica del cittadino oltre che un principio essenziale della costituzione (Allegretti, U., *L’amministrazione dall’attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano 2009, p. 286). “Partecipazione non vuol dire deliberazione solitaria di assemblee o di gruppi di cittadini slegate dalla presenza delle istituzioni e quindi delle istanze politiche e amministrative” (Ibid., p. 293). Sulla stessa linea, Dworkin arriva ad affermare che “non può esserci democrazia, concepita come un’impresa congiunta di autogoverno, a meno che tutti i cittadini abbiano l’opportunità di svolgere uno stesso ruolo nella vita politica, cosa che significa non solo uno stesso diritto di voto, ma una stessa voce nelle deliberazioni pubbliche formali e negli scambi morali informali” (Dworkin, R., *La justicia con toga*, op. cit., pp. 151-152).

216. Alexy, R., *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, in Alexy, R., Andrés Ibañez, P., *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, Mexico DF 2006, p. 14.

217. Di Giovine, A., *Democrazia diretta e sistema politico*, Cedam, Padova 2001, p. 18.

vincolante, la regola del mandato degli incarichi pubblici che non compiono le aspettative dei loro elettori o i bilanci municipali partecipativi che permettano al cittadino di esercitare in prima persona il potere politico correggendo gli errori e le deviazioni dei suoi rappresentanti<sup>218</sup>.

Questo insieme di pratiche democratiche dirette costituisce la democrazia partecipativa. Come afferma Mascotto “costituiscono strumenti veri e propri di democrazia diretta quei diritti del popolo o di una frazione di esso di partecipare all’elaborazione e all’adozione di provvedimenti legislativi, con esito vincolante per l’autorità”<sup>219</sup>.

Per concludere, dobbiamo rilevare l’imprescindibile interconnessione (e identica rilevanza) tra democrazia deliberativa e partecipativa per raggiungere un modello politico veramente democratico e capace di massimizzare le probabilità di giustizia nel diritto. È vero che “una democrazia in tempo reale non è democrazia, ma è demagogia (...), la democrazia deve portare a decisioni maturate originalmente dai singoli, deve per necessità fondarsi su una discussione orizzontale”<sup>220</sup>, per cui la democrazia partecipativa, senza deliberazione si riduce a una messinscena plebiscitaria, però la deliberazione senza altre possibilità di influenza che delle elezioni ogni quattro anni, vede drasticamente ridotta la propria influenza positiva sulla politica superando la “democrazia oligarchica” attuale, dove il popolo non conta e a dominare è un’*élite* politico-economica.

-----  
218. Ferrajoli introduce un’arringa a favore della democrazia diretta affermando che “le lotte per i diritti non sono solamente una garanzia di effettività della democrazia. Sono anche una forma di democrazia politica, parallela a quella istituzionale e rappresentativa. Proprio perché consistono nella pratica organizzata e collettiva dei diritti di libertà, che realizzano passo a passo forme di potere o, se si vuole, di contropotere sociale, sottoforma di democrazia diretta. È chiaro che le libertà, anche quando si esercitano individualmente, equivalgono sempre a forme di contropotere. Però solo quando si esercitano collettivamente danno vita a contropoteri sociali basati sulla diretta e uguale partecipazione dei loro titolari e, per questo, dotati di forza di pressione, negoziazione e controllo in grado non solo di orientare i poteri istituzionali verso la soddisfazione dei diritti rivendicati, ma anche di impedire le sue degenerazioni autoritarie. Senza tale forza sociale esterna al sistema politico, nessun potere istituzionale può rimanere, a lungo termine, al riparo da tentazioni e degenerazioni autoritarie. Per quanto perfezionate siano, le forme giuridiche della democrazia rappresentativa e dello stato di diritto sono impotenti da sole a vincolare i poteri pubblici e privati e a impedire che questi – mediante rotture manifeste o regressioni latenti – si accumulino in forme assolute e diventino impermeabili alle necessità e ai corrispondenti diritti. Questo vuol dire che la democrazia è il frutto di una costante tensione tra potere politico-rappresentativo, che si identifica con lo stato, e potere sociale-diretto che si identifica con l’esercizio delle libertà in funzione di permanente alterità e opposizione (Ferrajoli, L., *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995, pp. 947 e 948).

219. Mascotto, C., *Democrazia diretta e federalismo*, in *Democrazia e diritto*, vol. 37, 1997, p. 89.

220. Allegretti, U., *L’amministrazione dall’attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano 2009, p. 342.

Allo stesso modo afferma Luigi Bobbio che “una partecipazione è buona se tutti i soggetti sociali coinvolti hanno avuto modo di esprimersi, di informarsi e di contare indipendentemente dai risultati concreti che essa consegue” (Bobbio, L., *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, 4, 2006, p. 9).

Anche Rosenkrantz afferma che “quando un sistema democratico comporta risultati ingiustificati, lo fa perché i requisiti propri dell’importanza epistemica di un sistema democratico non sono stati soddisfatti (...) senza deliberazione, il voto maggioritario

### 3.2 Impulso costituzionale alla democrazia deliberativa e partecipativa nel diritto comparato

La partecipazione diretta del popolo agli affari che riguardano in un modo cosciente e utile la collettività è un obiettivo che richiede soprattutto (e oltre al rispetto generale dei diritti fondamentali menzionati nel precedente sottoparagrafo) due tipi di misure. In primo luogo, si devono fomentare iniziative destinate a garantire l'accesso alla cultura e all'informazione della cittadinanza, promuovendo la formazione intellettuale di ogni società, affermando il pluralismo nei mezzi di comunicazione pubblici, incentivando la partecipazione cittadina al dibattito politico e sviluppando la consapevolezza collettiva sulla realtà sociale così come la conoscenza delle diverse alternative innanzi alle sfide politiche. Vale a dire, si deve perseguire la democrazia deliberativa. In secondo luogo, bisogna permettere la massima partecipazione diretta dei cittadini nella gestione politica mediante strumenti di democrazia partecipativa.

Iniziamo con le misure di fomento della deliberazione pubblica. È ovvio, come rileva Dworkin, che “le persone non si governano da sé se mancano dell'informazione di cui hanno bisogno per prendere decisioni intelligenti, o gli si lesina la critica di cui hanno bisogno per giudicare in modo reale il grado di adempimento dei loro rappresentanti<sup>221</sup>. Proprio in onore a questo autogoverno, riflesso dei diritti politici fondamentali del cittadino (e per rispettare anche altri diritti fondamentali come la libertà d'informazione<sup>222</sup>), lo Stato deve promuovere i mezzi adatti a raggiungere tali obiettivi.

È essenziale che questi sforzi si proiettino non solo sui cittadini adulti, ma anche sui bambini e sugli adolescenti attraverso i centri scolastici che permettono alla futura cittadinanza di conoscere i propri diritti, a scoprire la politica e ad essere coscienti del ruolo fondamentale che ognuno di essi possiede nel governo del proprio Paese.

Questi obiettivi si stanno portando a termine attraverso delle materie specifiche in numerosi Paesi europei come la Francia (programmi di educazione civica dal 1989), l'Inghilterra (*cityzenship* dal 2002), l'Olanda (materie di scienza politica ed educazione civica) o la Spagna (la materia di educazione alla cittadinanza). Rawls giustifica queste misure ritenendo che “In

-----  
è carente di valore epistemico” (Rosenkrantz, C., *La teoría epistémica de la democracia revisitada*, in *Democrazia deliberativa e diritti umani*, op. cit., p. 283).

221. Dworkin, R., *La democrazia posible*, op. cit., p. 193.

222. In tal senso Barbera riconosce che “la tutela della libertà di stampa - per limitarci a qualche esempio - rimarrebbe anchilosata e priva di prospettiva ove ci si limitasse alla tutela di un interesse individuale e non si raccordassero altresì ad essa istituti di “partecipazione” e forme non ambigue di intervento del potere pubblico” (Barbera, A., *Art. 2*, in Branca, G., (a cura di ), *Commentario della Costituzione*, Ed. Nicola Zanichelli, Bologna 1975, p. 72).

una società ben ordinata nessuno può criticare nemmeno le pratiche di istruzione morale che inculcano un senso di giustizia”<sup>223</sup>. Sebbene questo non debba degenerare in un addottrinamento che inculchi ideologie concrete al di là dei valori democratici e di rispetto alla dignità della persona. Allo stesso modo, Dworkin propone che si introduca “un corso di politica contemporanea nel programma di studi di tutti i centri di istruzione media” nel quale vengano presentate le questioni che oggi sono oggetto di polemica politica “più accaldata” per inscrivere questi problemi nelle diverse interpretazioni dei principi che è prevedibile che gli alunni accettino<sup>224</sup>.

Allo stesso modo, è un obiettivo di fondamentale importanza il pluralismo informativo e la partecipazione popolare ai mezzi di comunicazione in modo che tutte le sensibilità sociali vengano rappresentate e la manipolazione delle informazioni non allontani la cittadinanza dalla conoscenza dei propri problemi e dalle soluzioni agli stessi<sup>225</sup>. Tant’è vero che alcune costituzioni, come quella boliviana, raccolgono nei loro articoli misure precise per promuoverlo. Così, l’art. 107.3 vieta i monopoli e gli oligopoli dei mezzi di comunicazione sociale e l’art. 107.4 stabilisce l’impegno dello Stato di fomentare la creazione di mezzi di comunicazione comunitari, “in uguaglianza di condizioni e di opportunità” rispetto ai privati. Questi mezzi, gestiti da comunità indigene, da movimenti sociali o da associazioni di lavoratori, costituiscono un prezioso complemento per i mezzi pubblici, poiché stimolano a un coinvolgimento entusiasta e immediato la cittadinanza trasformandola in protagonista diretta del dibattito informativo, allo

-----  
223. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op.cit., p. 468.

224. Dworkin, R., *La democracia posible*, op.cit., p. 187.

Sugli obiettivi che devono condividere queste materie Salguero segnala “i comportamenti e gli aspetti che sono esigenze dell’ideale di una cittadinanza democratica: la tolleranza nei confronti del dogmatismo, l’intransigenza, il razzismo, la xenofobia; la responsabilità che supera la paura della libertà; la razionalità della prassi democratica come dialettica delle ragioni di tutti; l’aspetto critico, la cultura della partecipazione”, (Salguero Salguero, M., *La cultura de los derechos fundamentales como garantía de la democracia*, in *Derechos y libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año n° 4, N° 7, 1999, p 457.). Nello stesso senso, Dworkin afferma che non si può permettere al potere di “plasmare deliberatamente la cultura etica secondo le sue stesse preferenze”, poiché equivale a concedere questo arbitrario privilegio alla maggioranza della popolazione rispetto alla minoranza, però si a promuovere i valori fondamentali che costituiscono la morale politica su cui si basa la costituzione (Ibid., p. 102).

225. Dworkin riflette su questa necessità proiettandola sul dibattito elettorale precedente a delle elezioni, ritenendo che si dovrebbero creare “canali elettorali pubblici” sottomessi a “severi limiti di uguaglianza di tempo ed uniformità delle coperture di rete” e nelle catene private si dovrebbe garantire il diritto di replica dei candidati così come quello di regolare la pubblicità elettorale (Dworkin, R., *La democracia posible*, op. cit., pp. 189-190).

Nello stesso senso, dice Calsamiglia che “una delle fonti più importanti di potere oggi è l’informazione. L’informazione permette alla gente di fare delle buone scelte. Le persone che non hanno accesso a essa sono discriminate allo stesso modo di coloro ai quali, un secolo fa, veniva negato il voto. Senza informazione, la gente sceglie irrazionalmente. Questa è una delle ragioni per le quali l’educazione è così importante. Se analizziamo l’informazione disponibile per la gente quando vota, possiamo vedere che la maggior parte di essa è stata manipolata da gente potente che pianifica l’agenda, definisce i temi, ha l’informazione completa o ha il denaro e il potere per creare una campagna propagandistica efficiente” (Calsamiglia, A., *Democracia deliberativa y derechos humanos*, op. cit., p. 167).

stesso tempo costituiscono una cornice per l'analisi di quelle informazioni che interessano un ambito (sia territoriale o riferito a un determinato collettivo sociale) più ridotto di quello stesso dei mezzi nazionali.

In Venezuela, l'art.12 della Legge di Responsabilità Sociale di Radio e Televisioni crea le organizzazioni di utenti di radio e televisione con potestà molto ampie, destinate a garantire il pluralismo informativo e la partecipazione popolare nei mezzi di comunicazione<sup>226</sup> e sottomesse per la loro creazione a una serie di requisiti che assicurino la loro indipendenza dai centri di potere politico ed economico<sup>227</sup>. La legge assicura che la sua costituzione e la sua registrazione non possano essere ritardati o bloccati maliziosamente dall'autorità<sup>228</sup>.

L'art. 13 della stessa Legge crea la figura del produttore nazionale indipendente (persona fisica o giuridica), estraneo alle catene di radio e televisione e al governo (non può essere né funzionario pubblico dipendente dagli organi destinati a far compiere la legge né impiegato o azionista delle catene se è una persona fisica, è sottomessa ad analoghi requisiti se è una persona giuridica). Mediante questa categoria si pretende che il cittadino non legato al potere politico e alle grandi imprese mediatiche possa partecipare ai mezzi di comunicazione.

Nell'articolo 15 della Legge si stabilisce una Commissione di Programmazione e Assegnazione di Produzione Nazionale, la quale avrà come funzione, quella di determinare i meccanismi e le condizioni di assegnazione degli spazi ai produttori nazionali indipendenti, allo

-----  
226. Tra queste potestà si distinguono quelle di: "Inviare richieste, lamentele o reclami legati agli obiettivi generali di questa Legge, ai prestatori di servizio di radio e televisione, e che gli stessi siano ricevuti e corrisposti nei quindici giorni utili successivi alla loro presentazione" (art.12.2). "Promuovere e difendere i diritti e gli interessi comunicazionali, in modo individuale, collettivo o diffuso davanti alle istanze amministrative corrispondenti" (art. 12.3). "Partecipare al processo di formulazione, esecuzione e valutazione di politiche pubbliche destinate all'educazione per la percezione critica dei messaggi diffusi dai servizi di radio e televisione" (art. 12.5). "Partecipare alle consultazioni pubbliche per l'elaborazione degli strumenti normativi sulle materie previste da questa Legge" (art. 12.6). "Presentare progetti sull'educazione per la percezione critica dei messaggi o di ricerca relazionata alla comunicazione e trasmissione dei messaggi attraverso i servizi di radio e televisione e ottenere un finanziamento secondo la legge" (art.12.7). "Accedere a spazi gratuiti nei servizi di radio, televisione e trasmissione per sottoscrizione, in conformità alla legge" (art. 12.8) o "Promuovere spazi di dialogo e scambio tra i prestatori di servizi di radio e televisione, lo Stato, gli utenti e le utenti", (art. 12.9).

227. "Le organizzazioni dovrebbero soddisfare i seguenti requisiti: non avere scopi di lucro; essere costituite da un minimo di venti persone naturali; che i loro membri non abbiano una partecipazione azionaria, né siano direttori, gerenti, amministratori o rappresentanti legali dei prestatori di servizi di radio e televisione; che non siano finanziati, né ricevano beni, contributi, aiuti o sovvenzioni da persone naturali o giuridiche pubbliche o private, che possano condizionare o inibire le loro attività in promozione e difesa dei diritti e degli interessi degli utenti e delle utenti di servizi di radio e televisione" (art. 12).

228. Quando un'organizzazione richiede la sua registrazione, avendo compiuto tutti i requisiti richiesti, e questa non le viene concessa entro il lasso di trenta giorni utili successivi alla richiesta, si riterrà che tale richiesta sia stata risolta positivamente e si procederà alla registrazione e al conferimento del certificato di iscrizione corrispondente (art. 12).



allo scopo di garantire la democratizzazione dello spettro radioelettrico, la pluralità, la libertà di creazione e l'assicurazione di valide condizioni di competenza<sup>229</sup>. La normativa assicura una presenza sufficiente dei programmi di produzione nazionale indipendente in televisione e radio e prevede misure per evitare il trattamento di favore nell'assegnazione di spazi che possano degenerare in una presenza eccessiva di determinati produttori<sup>230</sup>.

Per concludere, dobbiamo rilevare che l'art. 16 della Legge di responsabilità sociale di Radio e Televisioni prevede la figura dei prestatori di servizi comunitari di radio e televisione di servizio pubblico senza fini di lucro, destinata ad accogliere e fomentare il dialogo, la partecipazione e l'informazione sugli affari relativi a una determinata comunità popolare (municipi e comunità indigene, per esempio)<sup>231</sup>.

Passiamo alle misure di democrazia partecipativa. Allo stesso modo in cui viene rafforzata l'informazione e la formazione politica del cittadino, è imprescindibile che si costruiscano i canali che permettano di esercitare la sua legittima influenza sugli affari pubblici senza che venga ridotta a un appuntamento alle urne ad ogni legislatura. Autori come Ferrajoli considerano che oggi più che mai è necessario ricordare che il rappresentante politico non è che un intermediario circostanziale tra cittadinanza e potere, che il popolo è il vero titolare della

-----  
229. Questa commissione sarà costituita da un rappresentante dell'organismo che governa in materia di comunicazione e informazione dell'Esecutivo Nazionale, che la presiederà, un rappresentante dei prestatori di servizi di televisione, un rappresentante dei produttori nazionali indipendenti e un rappresentante delle organizzazioni degli utenti e delle utenti. Le decisioni di questa commissione sono vincolanti e devono essere prese dalla maggioranza, in caso di pareggio il Presidente della commissione avrà il doppio voto. La commissione sarà convocata dal suo Presidente quando questi lo giudicherà conveniente o quando glielo richieda uno qualsiasi dei suoi membri.

230. L'art. 14 della Legge stabilisce che "I prestatori di servizi di radio e televisione dovranno trasmettere quotidianamente, durante la fascia oraria per ogni utente, un minimo di sette ore di programmi di produzione nazionale, delle quali un minimo di quattro ore sarà di produzione nazionale indipendente. Allo stesso modo, dovranno trasmettere quotidianamente, durante la fascia oraria sorvegliata, un minimo di tre ore di programmi di produzione nazionale, delle quali un minimo di un'ora e mezza sarà di produzione nazionale indipendente" e "In nessun caso, uno stesso produttore nazionale indipendente potrà occupare più del venti per cento del periodo di trasmissione settimanale che corrisponde alla produzione nazionale indipendente di uno stesso prestatore di servizi di radio e televisione".

231. I prestatori di servizi di radio e televisione comunitari di servizio pubblico, senza fini di lucro, dovranno trasmettere tra gli altri: 1. Messaggi volti a contribuire allo sviluppo, all'educazione per la percezione critica dei messaggi, al benessere e alla soluzione di problemi della comunità della quale fanno parte. 2. Messaggi che promuovono la conservazione, il mantenimento, la preservazione, la difesa e l'equilibrio dell'ambiente nella comunità della quale fanno parte. 3. Programmi che permettano la partecipazione dei membri della comunità, al fine di rendere possibile l'esercizio del loro diritto alla comunicazione libera e plurale, per questo dovranno annunciare le forme attraverso le quali la comunità potrà partecipare. 4. Messaggi di solidarietà, di assistenza umanitaria e di responsabilità sociale della comunità. I prestatori di servizi di radio e televisione comunitari di servizio pubblico, senza fini di lucro, dovranno trasmettere quotidianamente, un minimo del settanta per cento della produzione comunitaria. In nessun caso uno stesso produttore comunitario potrà occupare più del venti per cento del periodo di trasmissione quotidiana del prestatore del servizio. Non potranno trasmettere propaganda e risponderanno, conforme alla legge, innanzi alle comunità in cui prestano servizio.

sovranità e che, sempre che non sia inevitabile per ragioni pratiche, il cittadino deve impiegare il proprio potere di governo in modo diretto, evitando così che un'élite ridotta, e molte volte dedita ai propri interessi particolari e lontana dai problemi reali del popolo, monopolizzi il governo considerandosi praticamente immune al sentire popolare.

La democrazia partecipativa e i suoi mezzi per permettere il governo diretto del popolo, rifiutando quelle leggi che i suoi rappresentanti abbiano approvato contro il loro volere, revocando mandati a politici che non abbiano compiuto il programma per la cui esecuzione furono eletti o potendo presentare e difendere proposte legislative davanti agli organi politici, costituisce un cammino fiducioso nel recupero della vera democrazia.

Negli ultimi tempi la democrazia partecipativa si sta rafforzando notevolmente in certi Paesi latinoamericani. Soffermiamoci sull'esempio venezuelano. L'impegno del costituente venezuelano con il potere popolare comporta che i principi di democrazia partecipativa vengano affermati nel testo costituzionale però, a differenza di quello che succede con i diritti sociali in tante costituzioni occidentali, non rimanda il suo sviluppo al legislatore, ma le principali tecniche incaricate di materializzarli si affermano e si sviluppano minuziosamente nella stessa Costituzione. A continuazione analizzeremo dettagliatamente ciò che abbiamo appena esposto.

L'art. 67 della Costituzione venezuelana stabilisce il diritto del popolo a partecipare agli affari pubblici "direttamente o per mezzo di rappresentanti" essendo un obbligo dei poteri pubblici stabilire le condizioni per tale partecipazione. Il suo art. 66 impone il resoconto "pubblico, trasparente e periodico" dei rappresentanti popolari davanti ai loro elettori. Però è l'art. 70 quello che sancisce le più concrete e realmente rivoluzionarie misure a favore della democrazia partecipativa: "il referendum, la consultazione popolare, la revoca del mandato, l'iniziativa legislativa, costituzionale e costituente, la giunta aperta e l'assemblea di cittadini".

Lo sviluppo di alcune di queste misure nella stessa Costituzione riflette un impegno assolutamente nitido con il protagonismo cittadino nella politica nazionale. Nell'art. 71 si riconosce il diritto a convocare un referendum consultivo per iniziativa non più del presidente o dell'Assemblea, ma del 10% degli elettori. Analoghe misure si prevedono nell'ambito municipale.

D'altra parte, la revoca del mandato prevista dall'art. 72 concede all'elettore il diritto, inedito in Europa, di annullare il mandato dei rappresentanti eletti in maniera unipersonale, ma anche degli organi collegiali (anche se in quest'ultimo caso si rimanda allo sviluppo extracostituzionale che si farà di tale diritto), quando sarà trascorsa la metà del loro mandato. Se

il 20% degli elettori lo richiedono, si convocherà una controfirma e se il rappresentante riceve più voti contrari rispetto a quelli che a suo tempo ottenne a suo favore, sarà revocato.

In virtù dell'art. 74 della Costituzione venezuelana, la cittadinanza potrà revocare le leggi mediante un referendum richiesto dal 10% del corpo elettorale, e i decreti legge presidenziali soltanto con la petizione di controfirma del 5%. Certe materie, come quella delle leggi di bilancio, rimangono escluse da questa misura, però senza dubbio supera di gran lunga le più audaci iniziative di partecipazione popolare istituzionalizzate in Europa.

L'art. 184.2 del testo costituzionale garantisce la partecipazione cittadina alla configurazione dei bilanci attraverso le sue proposte. Il bilancio partecipativo è raccolto anche nella Legge dei Consigli Locali e di Pianificazione Pubblica<sup>232</sup>. In essa si prospetta il bilancio partecipativo come un'opera a cui partecipano i rappresentanti municipali e le comunità organizzate<sup>233</sup> che presentano i loro progetti da finanziare. L'art.15 stabilisce che il bilancio dovrà coprire i progetti prioritari presentati dalle comunità. Il Consiglio rimanderà alla Camera municipale il proprio progetto sul bilancio, la quale, se vuole modificarlo, dovrà argomentarlo conforme al diritto, venendo approvato in caso contrario il bilancio originale del Consiglio (art. 18).

In ambito municipale venezuelano esistono anche molte altre misure per fomentare la partecipazione popolare e concedere ai cittadini un potere decisionale, raccolte nella Legge Organica del Potere Pubblico Municipale (LOPPM), del 2005. La filosofia di queste misure è

-----  
232. Secondo l'art. 2 della Legge, il Consiglio Locale di Pianificazione Pubblica "è l'organo incaricato della pianificazione integrale del governo locale (...) allo scopo di ottenere l'integrazione delle comunità organizzate e dei gruppi locali attraverso la partecipazione e il protagonismo all'interno di una politica generale di Stato, la decentralizzazione e la deconcentrazione di competenze e risorse". In virtù dell'art. 3 questo organo, sarà costituito da: "1. Un Presidente o una Presidente, che sarà un Sindaco uomo o un Sindaco donna. 2. I Consiglieri e le Consiglieri del municipio. 3. I Presidenti o le Presidenti delle Giunte di quartiere. 4. Il o i rappresentanti delle organizzazioni locali dei quartieri, il o i rappresentanti, per settori, delle organizzazioni della società organizzata e il o i rappresentanti delle comunità o popolo indigeni, dove presenti. Questi rappresentanti, saranno eletti secondo quanto dispone l'articolo 4 di questa Legge, in un numero pari alla somma più uno dei membri menzionati nei punti da 1 a 3 di questo articolo".

233. Le comunità organizzate, secondo l'art. 4 della Legge, hanno origine locale (il caso dei quartieri che più avanti analizzeremo) o raggruppano "i diversi settori della società civile organizzata: educazione, salute, cultura, sport, produzione e commercio, trasporto, ecologia, servizi e tutto quello che, in generale, corrisponda alla natura stessa del municipio" così come le comunità indigene. Le comunità organizzate, secondo quanto disposto dall'art. 9, dovranno partecipare al Consiglio "per mezzo di un'organizzazione civile creata secondo la legge, in riunione dei suoi membri". Secondo l'art. 10 "La rappresentazione delle organizzazioni locali e di altre delle comunità organizzate sarà legata al piano governativo municipale, sempre che formalmente appartengano ai settori enunciati nel punto 1 dell'articolo 4 di questa Legge. I membri di tali settori, riuniti in assemblea, sceglieranno i loro corrispondenti rappresentanti o portavoce innanzi al Consiglio Locale di Pianificazione Pubblica, in conformità all'ordinanza che stabilisca la regolamentazione del Consiglio Locale di Pianificazione Pubblica".

quella di creare organi di potere in un ambito territoriale più ridotto del municipio, ma con importanti competenze sul proprio territorio. In questo modo, generando corpi elettorali più ridotti, si facilita la partecipazione diretta e quotidiana del cittadino agli affari politici più vicini.

In tal modo, i municipi possono suddividersi in quartieri se lo approva il popolo in consultazione e i consigli comunali che gestiscono tali quartieri ricevono il 30% del Fondo Intergovernativo per la Decentralizzazione (FIDES) garantendogli così una quantità di mezzi sufficienti per realizzare i loro progetti. Nelle aree urbane per creare un consiglio comunale servono 200 famiglie potendo accogliere fino ad un massimo di 400 (anche se l'assemblea del consiglio comunale può alterare questo numero chiedendo una base minore o "chiedendo deroghe ai numeri minimi") e ogni consiglio possiede una banca comunale che assume la struttura e la figura giuridica di una "cooperativa di finanziamento, risparmio e credito". I progetti dei consigli comunali possono ricevere fino a 30 milioni di bolivares di finanziamento e per quantità maggiori possono ricorrere ai bilanci partecipativi degli enti locali. L'età minima per votare nell'assemblea del consiglio è di 15 anni. Come misure di appoggio per gli stessi, è stato creato il FUNDACOMUN (Fondo Nazionale per i Consigli Comunali) e il FONDEMI (Fondo di Sviluppo Microfinanziario). Con una corretta politica, i consigli comunali sono un'eccellente via per realizzare l'ideale partecipativo, però come ben sottolinea Allegretti, si deve prevenire il pericolo che questi organi si usino per la "cooptazione clientelare"<sup>234</sup>.

Se paragoniamo questa determinata scommessa per la democrazia partecipativa alle vie legali praticamente nulle che in questo senso sono state adottate, come regola generale, in Europa, la differenza è abissale.

In Spagna, per esempio, disponiamo solo di un modello di referendum regolato dall'articolo 92 della Costituzione spagnola (CE) che impedisce al popolo la sua convocazione, venendo essa riservata al Presidente del Governo, con previa approvazione da parte delle Camere. Possediamo anche l'iniziativa legislativa popolare (art. 87.3 CE sviluppata dalla Legge Organica (LO) 3/1984), che permette di portare alla Camera una proposta di legge (sempre che non riguardi materie escluse dall'art. 2, principalmente leggi tributarie, di bilancio e organiche) se è avallata da 500.000 firme, tuttavia senza nessuna garanzia che alla fine venga approvata. Richiama l'attenzione il fatto che in Venezuela l'art. 204.7 della Costituzione conferisca questa stessa iniziativa legislativa allo 0,1 % degli elettori. E naturalmente, revocare il mandato di un rappresentante politico in Spagna è legalmente impossibile.

---

234. Allegretti, G., *Politiche di partecipazione in Venezuela: l'inizio di un percorso di statuizione normativa*, in *Democrazia e diritto*, n° 4, 2006.

Infine, in ambito municipale spagnolo, si stabilisce la giunta aperta (gestione del municipio da parte di un'assemblea locale), nei comuni con meno di 100 abitanti o che storicamente fossero stati governati da tale forma di governo. Questo regime si applica anche ai comuni la cui ubicazione geografica, gestione dei loro interessi comunali o altre circostanze lo rendano consigliabile; sebbene, in tal caso, si richieda la petizione della maggioranza dei residenti, decisione favorevole dei 2/3 dei membri del Comune e approvazione dalla Comunità Autonoma (art. 29 Legge 7/1985, del 2 aprile, Regolatrice delle Basi del Regime Locale).

In Italia, il referendum, definito da Di Giovine come un “correttivo democratico del parlamentarismo”<sup>235</sup>, è previsto a livello nazionale dall’art. 75 della Costituzione<sup>236</sup>, ed è sviluppato dalla legge 352/1970 e dalla legge 1/1953. Il referendum nazionale è “attivo ed a iniziativa subsistemica (in quanto azionabile solo da una frazione del corpo elettorale o da cinque Consigli regionali)” esclusivamente abrogativo (cioè, permette abrogare, ma non proporre leggi), facoltativo e decisionale e sottomesso a un doppio controllo giudiziario di legalità e di ammissibilità costituzionale<sup>237</sup>. Tuttavia, il referendum è stato reso inattivo nella pratica dall’azione delle Corte Costituzionale che deve concedere il proprio beneplacito alla consultazione<sup>238</sup>.

-----  
235. Di Giovine, A., *Democrazia diretta e sistema politico*, Cedam, Padova 2001, p. 7.

236. Il quale afferma: “è indetto *referendum* popolare per deliberare l’abrogazione totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. Non è ammesso il *referendum* per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali. Hanno diritto di partecipare al *referendum* tutti i cittadini chiamati ad eleggere la Camera dei deputati. La proposta soggetta a *referendum* è approvata se ha partecipato alla votazione la maggioranza degli aventi diritto, e se è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi. La legge determina le modalità di attuazione del *referendum*.”.

237. Di Giovine, A., *Democrazia diretta e sistema politico*, op. cit., pp. 133 e 134.

238. Oltre all’intervento di controllo iniziale dell’Ufficio Centrale per il referendum (sviluppato da Aaiz Arnaiz, A., *El referéndum derogatorio en el ordenamiento italiano*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n. 12, Nº 36. Septiembre-Diciembre 1992, pp. 212 e segg.), il referendum è soggetto “a un limite materiale e uno procedimentale. Da un lato, il referendum ha un raggio d’azione limitato, poiché la stessa Costituzione esclude che possano essere soggette a referendum certi tipi di legge (leggi tributarie, di bilancio dello Stato, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali: art. 75, II, Costituzione italiana; rimangono anche escluse dal referendum abrogativo le leggi costituzionali: al contrario dell’ex art. 138).

Dall’altro lato, ogni petizione di referendum è soggetta a un controllo previo di ammissione dalla Corte Costituzionale (legge costituzionale 1/1953, art. 2), alla quale si conferisce proprio il compito di vigilare sull’osservanza dei limiti sostanziali precedentemente segnalati. Purtroppo questi due limiti si sono influenzati a vicenda, restringendo ulteriormente il raggio d’azione di questa garanzia. Nel senso che la Corte Costituzionale (a partire dalla sentenza 16/1978), approfittando del proprio potere di controllo previo, si è attribuita la funzione di legislatore costituente, e ha moltiplicato i limiti sostanziali del referendum molto più in là dei pochi casi previsti espressamente dalla Costituzione” (Guastini, R., *La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana*, in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año nº 1, Nº 1, 1993, p. 244).

A partire dalla Sentenza 16/1978<sup>239</sup>, la Corte Costituzionale ha limitato in questo modo la possibilità di convocare un referendum che nella pratica è stato ridotto a un privilegio del governo (così, in Italia ci sono stati diversi referendum come quelli relativi alla responsabilità civile dei giudici (1987) e quello per la soppressione del Ministero dell'Agricoltura e del Turismo (1995), presentati però dal Governo con carattere generale)<sup>240</sup>. Come afferma Di Giovine “ci sembra pertanto frutto forse di una sopravvalutazione di quella giurisprudenza l'opinione diffusa e autorevolmente sostenuta secondo cui sarebbe ora preclusa, o resa particolarmente difficile, una pratica referendaria destabilizzante”. E nelle parole dello stesso autore, quando la convocazione di un referendum rimane limitata al potere politico “l'apparenza di democrazia diretta maschera la struttura rappresentativa che si sviluppa dietro di questa”<sup>241</sup>.

-----  
239. In tale sentenza la Corte cambia il criterio mantenuto fino ad allora (che limitava la sua capacità di controllo a certificare che la materia del referendum non fosse inclusa nei casi previsti dall'art. 75.2 della Costituzione. La Corte afferma che “Tale interpretazione – postulata più che dimostrata – non ha alcuna base al di là della supposizione che l'indicazione testuale delle cause di inammissibilità, contenuta nell'articolo 75.2, sia rigorosamente tassativa; essendo allo stesso modo sostenibile – in ipotesi – che quell'indicazione presuppone una serie di cause non espresse, ma previamente deducibili dall'insieme della regolazione costituzionale del referendum abrogativo”.

Così, la Corte ritiene che esistano dei limiti impliciti aggiuntivi e considera che è suo dovere enunciarli e applicarli, classificandoli in quattro gruppi. “In primo luogo sono inammissibili le richieste formulate in modo che la domanda che si vuole sottoporre al corpo elettorale contenga una pluralità di questioni eterogenee carenti di una matrice razionalmente unitaria, tale da non potersi ricondurre alla logica dell'articolo 75 della Costituzione, allontanandosi in modo evidente e arbitrariamente dai propositi in vista dei quali è stato introdotto il referendum abrogativo nella Costituzione come strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare. In secondo luogo sono inammissibili le richieste che non riguardano gli atti legislativi dello Stato con forza di legge ordinaria, ma che tendono ad abrogare – totalmente o in parte – la Costituzione, le leggi di riforma costituzionale, le “altre leggi costituzionali” considerate nell'articolo 138 della Costituzione, così come gli atti legislativi dotati di una particolare fonte passiva (e, di conseguenza, non suscettibili di essere validamente abrogate da leggi ordinarie posteriori). In terzo luogo si escludono allo stesso modo i referendum che abbiano come oggetto disposizioni legislative ordinarie con contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo normativo non possa essere alterato o privato di efficacia senza che vengono colpite le corrispondenti disposizioni specifiche della stessa Costituzione (o di altre leggi costituzionali). In quarto luogo servono, infine, le cause di inammissibilità testualmente descritte nell'articolo 75.2” (Saiz Arnaiz, A., *El referéndum derogatorio en el ordenamiento italiano*, op. cit., p. 230). Questi criteri che la Corte afferma di dedurre dalla Costituzione sono una porta aperta verso l'arbitrarietà per il loro carattere ambiguo e la loro scarsa forza (è difficile considerare molte di esse come “ragioni di peso”) al momento di giustificare un limite dell'uso di un misura costituzionale, come il referendum, un limite, ricordiamo, non sancito dalla costituzione. Un esempio particolarmente evidente è il citato requisito dell' “omogeneità della domanda” dalla quale, secondo la Corte, derivano esigenze come “la chiarezza della domanda, la sua matrice razionalmente unitaria, la sua coerenza, il carattere semplice e univoco, l'eshaustività della stessa e, per ultimo, l'evidenza del suo fine intrinseco” (Ibid., p.234). Appellandosi a questo requisito, la Corte è arrivata ad annullare nella sua Sentenza 29/1987 una petizione di referendum per “l'assenza di una evidente e chiara alternativa (all'atto legislativo la cui abrogazione è richiesta) che impedisce che il voto dei cittadini si effettui con la coscienza nell'elezione che è irrinunciabile requisito di un atto libero e sovrano di legislazione popolare negativa” cosa che è irrazionale se partiamo dalla base che il referendum è abrogativo e non pretende che si approvi nessuna norma alternativa” (Ibid., p.237).

240. Di Giovine, A., *Democrazia diretta e sistema politico* op. cit., p.84.

241. Di Giovine, A., *Democrazia diretta e sistema politico* op. cit., pp. 27 e 61.

Lo sviluppo della democrazia partecipativa nel resto d'Europa non è altro che adulatore<sup>242</sup>, sebbene contiamo su dignitose eccezioni come quella svizzera. In Svizzera esiste la figura del referendum. Così, un gruppo di cittadini può richiedere l'abrogazione di qualche legge che sia stata approvata dal Parlamento se può raccogliere più di 50.000 firme contro la legge, in un termine scadenza di cento giorni. Se riesce a farlo, si porta a termine una votazione nazionale dove si decide per maggioranza semplice se la legge viene rifiutata o meno. Anche otto cantoni uniti possono indire un referendum per l'approvazione di una legge federale. D'altra parte, in numerosi cantoni svizzeri, l'organo legislativo "si confonde con il popolo" dato che si votano in assemblea (dove ogni cittadino ha l'iniziativa popolare), le norme municipali. In molti municipi queste assemblee coesistono con un Parlamento eletto<sup>243</sup>, ed esiste anche la figura del referendum comunale obbligatorio, per determinate materie come l'ordine territoriale, e facoltativo per il resto di materie di competenza del Parlamento comunale. A livello di Cantone il referendum costituzionale obbligatorio è presente in tutti quanti e prolifera anche la figura del referendum obbligatorio e facoltativo per molte materie<sup>244</sup>. L'iniziativa legislativa popolare è un altro degli strumenti di democrazia diretta in Svizzera e obbliga il Parlamento dei Cantoni a decidere sulla materia e se la confuta "il popolo è quasi sempre chiamato a decidere"<sup>245</sup>.

Certamente, e tornando al caso venezuelano, l'immenso potere del Presidente della Repubblica derivato dalle leggi abilitanti dell'art. 203 della Costituzione, che gli permette, previo accordo dei tre quinti dell'Assemblea Nazionale, di legiferare in un periodo di tempo da determinare da parte del Legislativo assumendo le funzioni dello stesso, snatura in larga misura la ripercussione delle vie di democrazia partecipativa prima menzionate sulla qualità democratica del Paese, poiché difficilmente il popolo potrà far fronte alle vere batterie normative che il Presidente può generare con l'arma della controfirma revocatoria che, per ogni proposta di abrogazione (solo fattibile nei casi non esclusi dalla Costituzione) ha bisogno di raccogliere centinaia di migliaia di firme<sup>246</sup>. Dall'altro lato, il valore del limite di delega del

-----  
242. Eccetto qualche progetto testimoniale, a livello infralocale viene assegnato agli istituti un "vero potere decisionale" giacché i loro membri possono votare i progetti (di e fino ai 150.000 euro) che considerano di maggiore interesse essendo i vincitori finanziati dal potere pubblico (Sintomer, Y., Roecke, A., *Il bilancio partecipativo dei licei del Poitou-Charentes: verso una democrazia partecipativa* in *Democrazia e diritto*, 2006). Un'altra esperienza molto precisa sono le conferenze dei cittadini. Come spiega Cotturri, in queste esperienze "poche decine di persone, altrettanto bene informate e scelte per sesso, età, professione (in modo da rispecchiare la composizione delle comunità locali) sono chiamate in Danimarca e, sperimentalmente, in Francia, a realizzare "conferenze dei cittadini" su grandi questioni – come scelte energetiche, uso di Ogm, procreazione assistita, antenne per ripetitori – alle cui conclusioni le autorità del territorio devono in qualche modo attenersi" sebbene abbiano il problema della "rilevanza quantitativa della partecipazione". (Cotturri, G., *La democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, n° 1, 2005, p. 30).

243. Mascotto, C., *Democrazia diretta e federalismo*, in *Democrazia e diritto*, vol. 37, 1997, p. 90.

244. Ibid., p.91.

245. Ibid., p. 92.

246. Questo suppone un considerevole aumento del suo potere in rapporto alla precedente Costituzione del Paese che nel suo articolo 190.8 restringeva i decreti legge a "materia economica e finanziaria", mentre quella attuale lascia aperto questo aspetto a

Parlamento all'esecutivo nasce dal fatto che questa garanzia cerca "la discussione tra le persone che non concordano e hanno opinioni ampiamente eterogenee", qualcosa di essenziale per la deliberazione politica<sup>247</sup> e per questo la sua eliminazione o riduzione è sempre un colpo per la democrazia.

Tuttavia, in un sistema dove la separazione dei poteri è garantita e il Legislativo possiede il peso che gli corrisponde (e lo esercita in ogni momento), è innegabile che gli strumenti di partecipazione popolare, precedentemente menzionati riferendoci al Venezuela, sarebbero enormemente positivi e rappresenterebbero un chiarissimo e necessario approfondimento nella democrazia che, per essere autentica, deve esistere tutti i giorni e non solo una volta ogni quattro anni. La chiave di una vera democrazia si trova in un potere legislativo autonomo che non soffra nessuna ingerenza dall'Esecutivo e i cui unici limiti siano il rispetto della Costituzione e le espressioni di volontà popolare, esteriorizzate mediante i sistemi di democrazia partecipativa e destinate a correggere le concrete contraddizioni tra volontà parlamentaria e volontà del popolo, di cui la prima deve essere fedele riflesso in ogni momento. Se tutto questo si ottiene nel quadro di una democrazia deliberativa, ci troveremo dinanzi al miglior progetto di convivenza, da una prospettiva costituzionale e di giustizia.

#### **4. La morale come ragione legittima di disobbedienza al diritto: questioni teoriche e ripercussione legislativa**

##### **4.1 La ragione morale come giustificazione dell'opposizione cittadina al diritto**

L'importanza della morale nel diritto, incluso il diritto democratico, ha una doppia dimensione. Da un lato, e come abbiamo visto, lo fonda e lo legittima, però dall'altro, può essere un motivo per disobbedirgli quando è contaminato dall'ingiustizia e, perfino, quando contraddice radicalmente le convinzioni personali del cittadino. "Se gli individui *di fatto sappiamo* che anche essendo ragionevoli e razionali, *nulla garantisce* la giustizia di una norma, allora la petizione di obbedienza per una norma la cui giustizia non è evidente di suo, solo appellandosi al criterio di maggioranza, risulta in termini morali se non altro stravagante. Il criterio di maggioranza non può essere di per sé, in nessun modo, moralmente rilevante"<sup>248</sup>.

-----  
tutte le materie, cosa che, oltre a supporre una pericolosa concentrazione di potere nelle mani di un solo uomo, potrebbe violare il diritto internazionale dei diritti umani poiché include materie su cui ha posto espressamente il veto la Corte Interamericana dei Diritti Umani, nella sua opinione consultiva 6/86, del 9 maggio del 1986.

247. Sunstein, C. R., *A cosa servono le costituzioni: dissenso politico e democrazia deliberativa*, op. cit., p. 189.

248. Sauhi Maldonado, A., *Derechos fundamentales, intereses generalizables y necesidades humanas*, in *Andamios*, Revista de investigación social, n° 8, 2008, p. 170.



Fulvio Fenucci ritiene che nella libertà di coscienza “culmina la parabola libertà-dignità, in sostituzione del vecchio binomio libertà-proprietà”<sup>249</sup>. E questa libertà (riconosciuta come diritto fondamentale da costituzioni e trattati internazionali, ed essenziale da un’ottica neocostituzionalista), deve implicare necessariamente un diritto a non agire contro i dettami della propria coscienza, anche se ciò comporta di disobbedire al diritto. Questo diritto non può essere assoluto senza condurre lo Stato all’anarchia, però gli si deve riconoscere un valore fondamentale che cede solo nei casi veramente giustificati obbligando il cittadino ad agire contro i propri principi.

L’opposizione alla legge per ragioni morali può assumere, in astratto, la forma di obiezione di coscienza o di disobbedienza civile. L’obiezione di coscienza è “l’inadempimento di un dovere giuridico motivato da un giudizio di coscienza contrario allo stesso”<sup>250</sup>. Chi pratica l’obiezione di coscienza non pretende che la legge venga abrogata, ma soltanto che lo si esenti dal suo compimento poiché, sebbene ammetta la sua applicazione alla maggioranza dei cittadini, egli non può obbedirla per circostanze speciali.

H. A. Bedau afferma graficamente che “l’obiettivo primario dell’obiezione di coscienza non è che un cambiamento politico, ma (per dirlo in modo crudo) un lavarsene le mani”<sup>251</sup>.

Coloro che disobbediscono alla legge con fondamenti morali, ma in modo individuale, come fece Mohamed Ali quando si rifiutò di combattere nella guerra del Vietnam, sono considerati “obiettori di coscienza”<sup>252</sup>. L’obiezione di coscienza è riconosciuta in determinati

-----  
249. Fenucci, F., *Recenti orientamenti della corte sui diritti fondamentali*, in Califano, L., (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2004, p. 45.

D’altra parte Stefano Violi afferma che il rifiuto del Diritto per motivi etici è inerente alla natura morale dell’uomo “un costante richiamo da parte di donne e di uomini di differente cultura, credo e contesto storico, ad un orizzonte assiologico altro e più alto che il rispetto alla legge” (Violi, S., *Normatività e coscienza: contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell’esperienza giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino 2009, p. 169).

250. Gascón Abellán, M., *A vueltas con la insumisión*, in *Jueces para la Democracia*, 27, 1996, p. 18.

251. Bedau, H. A., *Civil disobedience in focus*, Ed. Routledge, London/ N. York 1991, p. 7, citato da López Zamora, P., *Análisis comparativo entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia*, in *Nueva Época*, Anuario de Derechos humanos, Madrid, 2002

Nello stesso senso Vincenzo Turchi afferma che “l’obiettore non nega il principio *auctoritas, non veritas facit legem*, ma lo integra necessariamente nell’altro (che presuppone), secondo cui *veritas, non auctoritas, facit ius*” (p. 19). L’obiettore chiede una zona di “alienità dal potere” (Turchi, V., *I nuovi volti di Antigone: le obiezioni di coscienza nell’esperienza giuridica contemporanea*, prologo di Rafael Navarro Valls, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2009, p. 45).

252. Marcone, J., *Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas*, in *Andamios*, Revista de investigación social, op. cit., p. 43.

Allo stesso modo Rawls afferma che “il rifiuto di coscienza non è una forma di appellarsi al senso di giustizia della maggioranza (...). Ci rifiutiamo, semplicemente, per motivi di coscienza di obbedire a un ordine o di compiere un precetto legale

casi da numerosi ordinamenti e il suo effetto giuridico sta “nell’esonere il soggetto dal realizzare un determinato atto o comportamento che, in altro modo, avrebbe l’obbligo di effettuare (Sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia (TSJ) delle Baleari, del 13 febbraio del 1998).

La disobbedienza civile, al contrario, è quella “deliberata e cosciente decisione di un singolo o di un gruppo di infrangere una norma in contrasto con i propri convincimenti morali, al fine di suscitare una reazione dell’opinione pubblica e dell’ordinamento mediante la testimonianza recata dall’accettazione delle sanzioni comminate”<sup>253</sup>. Di conseguenza, pretende la sparizione della legge e usa tattiche rivendicative e di opposizione attiva per far pressione affinché venga eliminata. Come sottolinea Rawls, “la disobbedienza civile, quando è giustificata, è da intendersi normalmente come un’azione politica rivolta al senso di giustizia della maggioranza, allo scopo di spronarla a riconsiderare le misure oggetto di protesta e ad avvertire che nella salda opinione dei dissidenti non si stanno rispettando le condizioni di cooperazione sociale”<sup>254</sup>.

Dunque, il disobbediente civile “aspira a modificare una situazione che egli ritiene come ingiusta”, e la sua azione “si concretizza in un tentativo di sostituzione di qualche aspetto della legislazione o della politica governativa, anche se egli non si vede coinvolto personalmente nella stessa”<sup>255</sup>. La disobbedienza civile “è sempre *contra legem*” (l’obiezione nella maggioranza dei casi o è *secundum legem* o pretende di essere riconosciuta come tale) e tende ad esercitarsi collettivamente a differenza dell’obiezione<sup>256</sup>. Contrariamente all’obiettore, il protagonista della disobbedienza civile può opporsi a norme che non lo riguardano per niente, ma che considera inammissibili (l’obiettore rifiuterà solo quelle che gli esigono obblighi personali) e potrà infrangere norme estranee a quelle che cerca di demolire (per esempio, bloccare il traffico di una strada da dove passerà un autobus che trasporta un gruppo di immigranti deportati, con un sit-in pacifico per respingere la legge di regolarizzazione dell’immigrazione che li espulsa). Secondo le parole di Rawls, “non si richiede che l’atto

-----  
(...) Coloro che si rifiutano di obbedire riconoscono che possono non esserci motivi per una comprensione mutua” (Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 336).

253. Violi, S., *Normatività e coscienza: contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell’esperienza giuridica occidentale*, op. cit., p. 31.

254. Rawls, J., *La Justificación de la Desobediencia Civil*, in *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid 1986, p. 90.

255. Malem Seña, J. F., *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona 1998, p. 57, citato da López Zamora, P., *Análisis comparativo entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia*, in *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Madrid 2002.

256. Turchi, V., *I nuovi volti di Antigone: le obiezioni di coscienza nell’esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., p. 67.

disobbediente violi la stessa legge contro la quale si sta protestando”<sup>257</sup>.

Tuttavia è difficile distinguere entrambe le figure al di là del criterio che abbiamo appena citato e della difficilmente giudicabile convinzione personale di chi le assume. È chiaro che chi si rifiuta di compiere il servizio militare, e allo stesso tempo partecipa a movimenti che pretendono la sua sparizione, in cui presenta la sua disobbedienza come uno strumento in più di lotta, agisce nel quadro di una strategia di disobbedienza civile, allo stesso modo di chi ammette pubblicamente che le trasfusioni di sangue siano lecite, però chiede che non gli si vengano praticate anche se la sua vita corre pericolo, poiché sono contrarie alla sua religione, è un obiettore. Però, come riconoscere le intenzioni di quel cittadino che, senza appartenere a nessun movimento contrario a una legge concreta, la disobbedisce? Cerca soltanto di essere esonerato dal suo adempimento perché la sua morale la ripugna o anche di richiamare l’attenzione sociale sull’ingiustizia della stessa?

La progressiva sfumatura tra l’obiezione di coscienza e la disobbedienza civile stimola autori come Navarro Valls ad adottare un “punto di vista ampio” che porta ad inglobare nell’obiezione di coscienza “ogni pretesa contraria alla legge motivata da ragioni assiologiche – non puramente psicologiche – di contenuto principalmente religioso o ideologico, sia che abbia per oggetto la scelta meno lesiva per la stessa coscienza tra le alternative previste dalla norma, o quello di eludere il comportamento contenuto nell’imperativo legale o la sanzione prevista per il suo inadempimento o, perfino, accettando il meccanismo regressivo, quello di ottenere l’alterazione della legge che è contraria al personale imperativo etico”<sup>258</sup>.

Si parla dell’utilità della distinzione tra obiezione e disobbedienza, per trattare con maggiore durezza il trasgressore della legge che vuole imporre la propria coscienza alla collettività, eliminando la norma invece di richiede che lo si esenti da un dovere che è legittimo nel procedere della legge democratica. Però il punto è che, anche nel caso di chi aggiunge all’inadempimento della legge altre misure rivendicative complementari che lasciano intravedere la sua intenzione di lottare affinché venga abrogata, può esistere un’essenza puramente obiettrice, poiché mentre prende parte ad azioni di proteste (tra le quali può o meno disobbedire la legge), si rifiuta di compierla perché contraddice radicalmente la sua coscienza, e tale ragione non è incompatibile con quella complementare che vuole richiamare l’attenzione sulla giustizia, però non ha neanche motivo di implicarla.

-----  
257. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 332.

258. Navarro-Valls, R., *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid 1997, pp.

Un medico antiabortista si può rifiutare di praticare aborti e allo stesso tempo esigere che questi siano vietati, però la sua disobbedienza personale alla legge è basata solo su un desiderio che rispetti la sua coscienza privata che è indipendente dalla sua lotta politica. Questo medico può pensare perfettamente che è lecito disobbedire alla legge per motivi etici, ma non come arma per abolirla, e agire solamente secondo la prima motivazione. Dunque, tutti quelli a cui si possa imputare la pratica della disobbedienza civile sono anzitutto obiettori, e come tale devono essere tutelati se non dimostrano il contrario. Solo nel caso in cui venisse indiscutibilmente approvata la loro integrazione in un movimento che utilizza come strategia la coordinata disobbedienza individuale dei suoi membri contro una legge allo scopo di abolirla (o che la legge contro la quale lottano non gli imponga nessun obbligo né pregiudizio personale, come indicavamo prima), si potrebbe affermare che il loro comportamento è quello di disobbedienza civile e non di semplice obiezione.

Una volta realizzata questa distinzione, iniziamo l'analisi dell'obiezione di coscienza dalla prospettiva, secondo la nostra opinione particolarmente adeguata, di Dworkin. Questo autore si interroga sul dovere morale di compiere il diritto che in teoria ogni cittadino possiede. "In una democrazia, o almeno in una democrazia che rispetti i diritti individuali, ogni cittadino ha un dovere morale generale di obbedire alle leggi (...). Tuttavia questo dovere generale non può essere assoluto, perché è possibile che perfino una società che è giusta produca leggi o linee direttrici ingiuste (...). Tuttavia se decide che debba infrangere la legge deve sottomettersi al giudizio e alla pena che imponga lo Stato, come riconoscimento del fatto che il suo dovere nei confronti dei suoi concittadini, anche se ha perso importanza dinanzi al suo obbligo morale e religioso, non si è estinto"<sup>259</sup>.

È l'eterno problema che si presenta al giudicare qualcosa di così nobile come la fedeltà alla propria coscienza, quando suppone di violare obblighi verso la comunità politica alla quale uno appartiene<sup>260</sup>. In questa situazione la dignità del cittadino può vedersi conculcata se si impone un adempimento cieco di ogni legge in qualsiasi caso.

Dworkin ammette un diritto "nel senso forte di disobbedire la legge. Ha tale diritto (il

-----  
<sup>259</sup>. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 279.

<sup>260</sup>. "Contrariamente a quello che pensa o sostiene generalmente il positivismo, la nozione più importante sulla quale si posa l'ordine giuridico democratico costituzionale, è la nozione di natura umana, e di conseguenza, il carattere prioritario della dignità umana. Però queste nozioni si trovano nella base stessa del diritto naturale classico; sono nozioni primarie a partire dalle quali si può parlare di un fondamento che si trova al di là di quello che è puramente giuridico-normativo", giustificando la disobbedienza al diritto positivo in determinati casi. Portela, J. G., *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil*, in *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia n°105, 2006, p. 34.

cittadino) tutte le volte che la legge invade ingiustamente i suoi diritti contro il Governo”<sup>261</sup>. Ancora una volta, i diritti individuali tornano ad ergersi come conquiste di fronte agli obiettivi politici del governo, che in nessun caso possono conculcare i diritti individuali. Come vediamo, nel pensiero di Dworkin, la ragione essenziale che giustifica la disobbedienza al diritto è la violazione dei diritti fondamentali che da questo potrebbero derivare, in questo caso del diritto alla libertà di coscienza.

Il condizionamento del cittadino è in ogni caso inammissibile e quando questo si produce è legittimo opporsi ad esso mediante la disobbedienza, questo sì, senza “andare oltre i diritti che può esigere in buona fede né commettere atti che violino i diritti altrui”<sup>262</sup>. Solamente in casi di vera emergenza si potrebbe ammettere una restrizione di diritti individuali, però la situazione di guerra o catastrofe sociale che giustificerebbe queste misure non si è verificata in occidente nel corso dell’ultimo mezzo secolo.

Quello che non risulta tollerabile è ammettere vere conculcazioni di diritti fondamentali con la scusa che, ipoteticamente, queste aiuteranno a salvaguardare altri diritti individuali. Diritti come l’intimità, la libertà di espressione, ma anche la libertà di coscienza. Non dimentichiamo che il diritto di obbedire la legge instaurato in molti ordinamenti come obiezione di coscienza protegge il cittadino dalle imposizioni legali “la cui realizzazione produrrebbe nell’individuo una violazione grave della sua stessa coscienza o, se si preferisce, dei principi di moralità”<sup>263</sup> e senza dubbio in questo contesto si deve tollerare il dissenso fino al limite massimo, che è quello delle libertà degli altri<sup>264</sup>.

Proseguendo con i criteri dworkiniani riguardo all’obiezione contro la legge, l’autore ritiene che “quando la legge non è chiara”<sup>265</sup>, vale a dire, quando la sua costituzionalità è torbida e discutibile, e inoltre contraddice i valori più intimi e sacri di un cittadino, si verifica il caso più giustificato di disobbedienza. Dinanzi a questo dilemma c’è chi dice di avere solo il diritto a disobbedire la legge finché l’organo giudiziario competente decida se questa sia conforme alla costituzione e chi, appoggiandosi su quanto delicato sia l’inserimento costituzionale della

---

261. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 286. L’autore afferma anche che il cittadino deve obbedire al governo “solo fino a quando il governo riconosce la stessa importanza delle loro vite, la responsabilità personale che hanno sulle loro stesse vite, e cerca di governarli secondo un’interpretazione onesta che il contenuto delle esigenze che tali dimensioni della dignità impongono. Io non devo alcun obbligo a una comunità che mi tratta come cittadino di seconda classe” (Dworkin, R., *La democracia posible*, op. cit., p. 127).

262. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 286, p. 292.

263. Prieto Sanchís, L., *La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho*, in *Sistema. Revista de ciencias sociales* 59, 1984, p. 49.

264. Ibid., pp. 51-52.

265. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 309.

norma, mantiene il diritto di ignorarla perfino dopo la decisione, sia per quanto viziata si presenta la decisione del tribunale (possibile conseguenza della sua politicizzazione) che sotto ogni punto di vista non si inserisce nella razionalità più evidente, sia perché, anche se la decisione è generalmente ammissibile, continua ad essere inaccettabile per la coscienza di certi cittadini che, per proteggerla, hanno il diritto di non accettare la legge senza arrivare per questo a ricorrere alla rivoluzione aperta e generale<sup>266</sup>.

Però c'è una ragione in più per relativizzare le decisioni delle corti costituzionali in questo senso “la Corte Suprema (degli Stati Uniti) si è mostrata disposta a respingere le proprie decisioni passate se queste hanno ridotto importanti diritti personali o politici, e sono proprio decisioni così quelle che forse vuole mettere in discussione l'obiettore (...). Una cosa è dire che in certe occasioni un individuo debba sottomettere la sua coscienza quando sa che la legge gli obbliga di farlo, e un'altra cosa molto diversa è dire che deve sottometterla perfino quando crede ragionevolmente che la legge non glielo esiga”<sup>267</sup>. Ovviamente questo cittadino non ha motivo di soffrire l'aggressione alla sua coscienza che suppone di obbedire una legge che la contraddice e che, molto probabilmente, sarà rifiutata in futuro dallo stesso tribunale che la ratificò. Inoltre è innegabile il beneficio per il dibattito sociale e la purificazione legislativa che suppone la condotta di chi, con il suo comportamento rivendicativo, si oppone, dando un esempio, a quelle leggi dubbiose e possibilmente ingiuste.

La possibilità di una legge democratica ingiusta non è affatto impensabile. In questo senso, Rawls sottolinea che “il processo costituzionale è sempre un caso di quelli che possiamo denominare giustizia procedurale imperfetta: vale a dire, non esiste nessun procedimento politico fattibile che garantisca che la legislazione promulgata sarà giusta, anche nel caso in cui disponessimo di un criterio di legislazione giusta”<sup>268</sup>.

Di conseguenza, Dworkin accetta la disobbedienza al diritto quando il problema della legge in questione “è tale che colpisce diritti politici o personali fondamentali, e si può sostenere che la Corte Suprema abbia commesso un errore”<sup>269</sup>. In questi casi il cittadino agirà legittimamente se si rifiuta di compiere la legge come definitiva e perfino se decidesse di iniziare proteste contro la norma (questo sì, dovrà usare mezzi di rivendicazione che non attentino ai diritti individuali degli altri), così come vedremo più avanti riferendoci alla disobbedienza civile.

-----  
266. Quindi, spiega Dworkin a mo' di esempio che “uno Stato, che per gli altri è legittimo, le cui politiche fiscali mostrino un disprezzo isolato verso i poveri, può rivelarsi moralmente vulnerabile a una disobbedienza civile limitata e precisa, però non alla rivoluzione” (Dworkin, R., *La democracia posible*, op. cit., p. 128).

267. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 311 e 314.

268. Rawls, J., *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, op. cit., p. 93.

269. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 215.

Dworkin arriva a giustificare che, dopo una decisione della Corte Suprema dichiarando valida una legge penale che punisca un determinato esercizio di disobbedienza al diritto (vale a dire, casi di obiezione di coscienza *contra legem*, o disobbedienza civile), i tribunali inferiori impongano “pene minime o in sospenso, come segno di rispetto verso la posizione su cui dissente”<sup>270</sup>, giustificando questa posizione con il fatto che una legge penale di dubbia costituzionalità distrugge la sicurezza giuridica e istituzionalizza la paura (allo stesso modo che una legge penale imprecisa permetta di punire oltre il dovuto), poiché obbliga il cittadino ad affrontare il rischio di andare in carcere per disobbedire a qualcosa che molto probabilmente possa e debba rifiutare (tesi dell’effetto raffreddante che segnaleremo nel prossimo capitolo). Rawls concorda anche con questi nel dire che “I tribunali dovrebbero prendere in considerazione la natura dell’atto civicamente disobbediente su cui protesta, e il fatto che sia giustificabile (o almeno lo sembri), mediante i principi politici soggiacenti alla costituzione” essendo adeguato che “per questi motivi riducano, o a seconda del caso sospendano, la sanzione giuridica”<sup>271</sup>. Dworkin non condivide la massima giusnaturalistica che il diritto ingiusto non è diritto, però sì che dà valore a questa ingiustizia nel considerarla elemento sufficiente per giustificare la disobbedienza di una normativa che, sebbene sia diritto, non possiede il rigore e la capacità giusta per meritare di essere obbedito.

Soffermiamoci ora sulla manifestazione più frontale e diretta dell’opposizione verso la legge: la disobbedienza civile. Rawls definisce la disobbedienza civile come un “atto pubblico non violento, cosciente e politico, contrario alla legge, commesso comunemente con l’obiettivo di provocare un cambiamento nella legge o nei programmi di governo”<sup>272</sup>. L’autore è molto cauto quando si tratta di giustificare questa disobbedienza, e dice che deve mettersi in atto solo nei casi chiaramente ingiusti e come ultimo mezzo. Rawls ritiene che l’ingiustizia lieve della legge non tuteli la disobbedienza essendo meno importante della legittimità della sua origine.

L’autore afferma che “La giustizia ci vincola a una costituzione giusta e alle leggi ingiuste che sotto di essa si possono statuire, proprio così come vincola qualsiasi altro accordo sociale. Una volta che prendiamo in considerazione la sequenza degli stadi, non è per niente strano che ci venga richiesta l’osservanza di leggi ingiuste”<sup>273</sup>. Sulla stessa linea sostiene che “quando la struttura fondamentale della società è ragionevolmente giusta, valutata dall’attuale stato di cose, dobbiamo riconoscere che le leggi ingiuste sono obbligatorie sempre che non eccedano certi

-----  
270. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 325.

271. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op.cit., p. 351.

272. Ibid., p. 332.

273. Rawls, J., *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, op. cit., p. 94.

limiti di ingiustizia”<sup>274</sup>.

Secondo Rawls il cittadino possiede un “dovere naturale di civiltà, consistente nel non invocare gli errori dei programmi sociali come scusa per non obbedirli”<sup>275</sup>. Questo sarà permesso solo quando vengano violati i due principi fondamentali di giustizia che l’autore afferma (soprattutto quello di libertà)<sup>276</sup> e si siano esaurite le altre vie<sup>277</sup>. Una tesi simile è sostenuta da Nino<sup>278</sup>, e Zagrebelsky appoggia queste posizioni quando sostiene che i diritti debbano concepirsi “come pretese soggettive assolute, valide di per sé, indipendentemente dalla legge”<sup>279</sup>.

La disobbedienza civile deve essere fedele al sistema di convivenza stabilito dalla costituzione, giacché con essa “si viola la legge, però la fedeltà alla legge rimane espressa dalla natura pubblica e non violenta dell’atto, dalla volontà di accettare le conseguenze legali di tale condotta”<sup>280</sup>. Rawls aggiunge che “nel giustificare la disobbedienza civile (...) invochiamo la concezione della giustizia comunemente condivisa, che soggiace all’ordine pubblico (...).

Possiamo paragonarla a un discorso politico e, essendo una forma di petizione, un’espressione di convinzione politica profonda e cosciente, ha luogo in un foro pubblico. Per questa ragione, tra le altre, la disobbedienza civile non è violenta<sup>281</sup>. Un altro dei motivi della sua non violenza è che esprime la disobbedienza della legge dentro i limiti della fedeltà

-----  
274. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op.cit., p. 321.

275. Ibid., p.324.

276. Rawls parla di “gravi infrazioni del primo principio della giustizia, del principio di libertà eguale, e di violazioni evidenti della seconda parte del secondo principio, del principio di giusta eguaglianza di opportunità” (Ibid., p. 413).

277. “C’è un’ultima condizione per la disobbedienza civile: possiamo supporre che gli appelli alla maggioranza politica si siano fatti in buona fede e abbiano fallito. Non sono serviti i mezzi legali di riparazione (...) se le azioni passate hanno dimostrato che la maggioranza rimane impassibile o apatica, si può supporre ragionevolmente che qualsiasi altro tentativo sarà sterile (...) è possibile che ci siano casi così estremi che non esiste il dovere di utilizzare solo, in primo luogo, i mezzi legali dell’opposizione politica” (Ibid., pp. 338-340).

278. “In altri casi una norma giuridica può avere un contenuto incompatibile con quanto prescritto dai principi morali validi e, ciononostante, essere moralmente obbligatoria dato che la sua origine in procedimenti moralmente legittimi (come quelli di indole democratica) facciano prevalere le ragioni a favore della sua osservanza (ragioni fondate sul fatto di mantenere un certo ordine e pace sociale e di rispettare quei procedimenti) sulle ragioni a favore del fatto di disobbedirla. Però quando si tratta dei diritti umani, la questione è di tale importanza che difficilmente viene giustificata una norma giuridica (...) che neghi o spezzetti tale riconoscimento, per quanto la sua origine sia legittima. Questo fa sì che l’attenzione, anche di giudici e giuristi, debba concentrarsi sul determinare quali siano i diritti umani che derivano da principi morali validi, siano o meno sanciti da norme giuridiche positive, giacché, se i diritti che derivano da queste norme non coincidono con quelli, si dovrà farli coincidere per via interpretativa o si dovrà andare oltre tali norme positive mentre si cerca di raggiungere una decisione giustificata” (Nino, C. S., *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación*, op. cit., p. 24).

279. Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit, p. 57.

280. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 334.

281. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 333.



alla legge, anche se si trova nel limite esterno della stessa<sup>282</sup>.

Tuttavia, Rawls arriva a ritenere che, se le domande popolari legittime esternate mediante la disobbedienza non si compiono, questa può diventare violenta, e in tal caso i responsabili del caos non saranno i cittadini denigrati dal loro governo, ma il governo che si rifiuta di riconoscere i loro diritti più elementari. L'idea di equilibrio riflessivo di Rawls qui ha un importante ruolo nel definire l'equilibrio adeguato tra i principi giuridici, i diritti e le convinzioni personali, proprio l'equilibrio che deve sorgere da una conciliazione tra libertà di coscienza, giustizia e il potere coercitivo dello Stato.

In questo senso, Habermas considera positiva la disobbedienza civile al concepirla come un complemento della democrazia destinato a mantenerla viva. L'autore concepisce la disobbedienza civile come una protesta *pubblica*, moralmente *fondata*, che si propone di violare norme giuridiche concrete, in modo simbolico, cioè *pacificamente*, *accettando le conseguenze* che arrechi la violazione della legge<sup>283</sup>.

Una dissidenza pacifica, rispettosa dei principi costituzionali, ma decisa nella rivendicazione del suo massimo compimento è la maggiore garanzia che la legge non si allontanerà dagli obiettivi di integrazione popolare e di rispetto dei diritti di tutti, che devono caratterizzarlo. Grazie a questa gli "strati periferici" della società potranno farsi sentire in un sistema che molte volte tende a ignorarli, e si analizzerà a fondo l'autentico senso della democrazia: un sistema dove tutti contano e i diritti di ogni cittadino sono limiti alla volontà della maggioranza. La disobbedienza "da un lato, costituisce un meccanismo di partecipazione mediata, all'essere una forma di resistenza particolarmente adatta per evitare che si pratici una politica di fatti consumati da parte del potere politico"<sup>284</sup>. Allo stesso modo, Rawls sostiene che "la disobbedienza civile (così come l'obiezione di coscienza) è uno dei mezzi stabilizzatori del sistema costituzionale, anche se è, per definizione, un ricorso illegale (...) aiuta a mantenere e rafforzare le istituzioni giuste"<sup>285</sup>.

Concludendo questa intestazione con un giudizio su quanto esposto, consideriamo che il rispetto verso l'autonomia individuale nel quadro della disobbedienza alla legge ingiusta contraria ai valori essenziali dell'individuo (sia obiezione di coscienza o disobbedienza civile)

-----  
282. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 334.

283. Habermas, J., *Ensayos políticos*, op. cit., p. 79.

284. Estévez, J. A., *El sentido de la desobediencia civil*, in *Arbor* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), nov.-dic. 1987, p. 133.

285. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op.cit., p.348.

diventi imprescindibile per salvaguardare la dignità del cittadino e fomentare il pluralismo nel dibattito sociale.

Sebbene la disobbedienza civile non sia oggi riconosciuta da nessun ordinamento, l'obiezione di coscienza è regolata dalla maggior parte degli Stati occidentali, incluso dall'UE, sebbene la sua delicata natura l'ha portata a svilupparsi in un modo ineguale e molte volte carente nei diversi paesi, come vedremo nella seguente intestazione. In quanto ai criteri che dovrebbero fondare il suo esercizio riteniamo che dovrebbero essere essenzialmente tre:

- In primo luogo, si deve ponderare il grado di ripercussione del rifiuto del cittadino a compiere la legge nella sua effettiva applicazione, essendo meno esigibile il suo adempimento quanto più irrilevante risulti il suo rifiuto per tale obiettivo. Questo è il caso del medico che si rifiuta di praticare un aborto, che può essere praticato da chiunque dei suoi colleghi di ospedale.

- In secondo luogo, si deve soppesare la gravità della violazione dei valori del cittadino che l'adempimento alla legge supporrebbe (un caso estremo sarebbe mangiare del maiale per un musulmano), così come la rispettabilità astratta del codice di convinzioni che motivano la disobbedienza (essenzialmente che non contraddica i valori di giustizia materiale che ispirano l'ordinamento come il rispetto della dignità umana e l'uguaglianza tra i cittadini, indipendentemente dalla loro condizione sessuale, religione, razza...).

- E infine, i dubbi effettivi sulla giustizia della norma che esistono, criterio già sottolineato da Dworkin all'inizio di questa intestazione (per esempio, gli indizi di contraddizione della stessa con qualche principio costituzionale o di morale universale, il grado di rifiuto sociale che lo abbia accompagnato, etc...). Questi tre criteri dovranno ponderarsi al momento di decidere su ogni caso di obiezione, in modo che, davanti a un'azione che trasgredisce drasticamente una morale non contraria ai principi di convivenza democratici, e la cui realizzazione da parte dell'obiettore ha una ripercussione minima sul buon funzionamento della società, il diritto all'obiezione debba concedersi necessariamente. Inoltre in ogni momento bisogna aver chiaro che l'obiezione è un esercizio del diritto fondamentale alla libertà di coscienza, perfettamente inseribile nella teoria neocostituzionalista, che si caratterizza per la sua promozione dei diritti fondamentali, e nella logica di ogni costituzione rispettosa di questi diritti.

Riferendoci adesso alla disobbedienza civile, dobbiamo dire che, a nostro giudizio, questa è un'alternativa legittima per rifiutare quelle norme che, sebbene siano state approvate da una maggioranza sociale, sono evidentemente ingiuste e lasciano inermi le minoranze colpite dalla loro imposizione, che legittimamente si vedono obbligate a iniziare delle proteste contro la

legge per far sentire la propria voce. Ricordiamo che, ai difetti che Nino nota al sistema democratico in quanto alla sua idoneità a raggiungere soluzioni giuste, dobbiamo aggiungere quello della ineguale capacità dei diversi collettivi e gruppi di interessi a promuovere le loro posizioni. Il denaro, le agenzie di pubblicità e i mezzi di comunicazione sono grandi strumenti di manipolazione, e molte volte portano una logica fallace a prevalere sulla giustizia. Dinanzi a ciò, bisogna riconoscere al cittadino un margine di libertà per preservare la sua coscienza e rivendicare la sua posizione.

L'onestà, l'idealismo e l'assenza di interesse falso di chi prende parte a queste iniziative di lotta devono essere presi in considerazione dai giudici, in un esercizio legittimo dell'equità che gli riconosce l'ordinamento, riducendo le sanzioni di coloro i quali non trasgrediscono la legge per approfittare illegittimamente di tale violazione a costo di violare i diritti del prossimo, ma per costruire una società migliore.

#### **4.2 Evoluzione nel riconoscimento legislativo della disobbedienza al diritto per ragioni morali: il caso spagnolo nel contesto del diritto comparato**

Abbiamo affermato che l'obiezione di coscienza può essere *secundum legem* quando è autorizzata<sup>286</sup>, o *contra legem*, quando non è riconosciuta dalla legge o dalla giurisprudenza. Nella Costituzione spagnola, se ci atteniamo al suo tenore letterale, l'obiezione di coscienza è soltanto raccolta in relazione al dovere di realizzare il servizio militare, però non come un diritto autonomo di cui avvalersi in astratto contro qualunque dovere contrario all'etica personale. Tuttavia, un'analisi completa del diritto fondamentale alla libertà ideologica e religiosa, sancito dall'articolo 16 della CE, evidenziava che i limiti di questo diritto eccedevano più del dovuto l'unica manifestazione costituzionalizzata dello stesso. Sebbene il dilemma etico che implicava di prendere le armi per una gran parte della popolazione possedeva una particolare gravità che esigeva una menzione costituzionale espressa (e ancor più nel contesto storico in cui venne approvata la Carta Magna), questo non significa che un diritto così intimamente legato alla protezione delle convinzioni più sacre della cittadinanza dovesse sospendersi qui. Un'arma così essenziale per proteggere il diritto fondamentale alla libertà di coscienza contro quegli obblighi legali il cui peso non fosse sufficiente per imporsi allo stesso, è chiamata a svilupparsi fino ai suoi massimi limiti, e questo ragionamento è stato prontamente riflesso nella giurisprudenza costituzionale.

---

286. Turchi, V., *I nuovi volti di Antigone: le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., p.16.

L'importanza del diritto all'obiezione di coscienza portò a suo tempo il Tribunale Costituzionale (TC) a proclamare apertamente il suo carattere di diritto fondamentale, sebbene questa giurisprudenza fu posteriormente corretta. Fu la Sentenza 53/1985 quella in cui il TC si pronunciò con maggiore vigore a favore della natura fondamentale di questo diritto: "L'obiezione di coscienza fa parte del contenuto del diritto fondamentale alla libertà ideologica e religiosa riconosciuto dall'art. 16.1 della CE e, come questo Tribunale ha indicato in diverse occasioni, la Costituzione è direttamente applicabile in materia di diritti fondamentali" (FJ 14°). Questa posizione era già stata abbozzata nella Sentenza (STC) 15/1982<sup>287</sup>. Tuttavia, la STC 161/1987 ha corretto la precedente dottrina e ha determinato la posizione definitiva (non essendo stata espressamente rettificata) del TC, scartando il carattere fondamentale (e generale) del diritto di obiezione<sup>288</sup>.

Gli effetti pratici di questo cambiamento di dottrina hanno influito senza dubbio nell'importanza giuridica concessa al diritto di obiezione di coscienza, che tuttavia ha continuato a svilupparsi per il procedimento della giurisprudenza costituzionale come un diritto intimamente legato alla libertà di coscienza e religiosa, anche se in modo chiaramente carente se la paragoniamo alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo o all'ambito concesso all'obiezione in altri Stati europei. A livello della nostra giurisprudenza costituzionale si può dire che soltanto il rifiuto a prestare il servizio militare e a partecipare in aborti sono stati inclusi nell'obiezione di coscienza, oltre a qualche rifiuto da parte di soldati o poliziotti a partecipare in sfilate a sfondo religioso compiendo gli ordini dei loro superiori, che possono anche includersi in questa obiezione come eccezioni al dovere generale di obbedienza affermato

-----  
287. In questa Sentenza il TC sosteneva che "visto che la libertà di coscienza è una concretezza della libertà ideologica, che la nostra Costituzione riconosce nell'art. 16, si può affermare che l'obiezione di coscienza è un diritto riconosciuto esplicitamente e implicitamente nell'ordinamento costituzionale spagnolo (...). Il fatto che l'obiezione di coscienza sia un diritto che per il suo sviluppo e la sua piena efficacia richieda la *interpositio legislatoris* non significa che sia esigibile soltanto quando il legislatore lo abbia sviluppato, in modo che il suo riconoscimento costituzionale non avrebbe altra conseguenza che quella di stabilire un mandato diretto al legislatore senza la virtualità per tutelare di per sé pretese individuali. Come ha segnalato reiteratamente questo Tribunale, i principi costituzionali e i diritti e le libertà fondamentali vincolano tutti i poteri pubblici (artt. 9.1 e 53.1 della Costituzione) e sono origine immediata di diritti e obblighi e non semplici principi programmatici".

288. La Sentenza afferma che "L'obiezione di coscienza, con carattere generale, vale a dire il diritto ad essere esentato dall'adempimento ai doveri costituzionali o legali per essere tale adempimento contrario alle proprie convinzioni, non è riconosciuto né serve immaginare che lo sarebbe nel nostro diritto o in qualche altro diritto, poiché significherebbe la negazione stessa dello Stato. Quello che può succedere è che si ammetta eccezionalmente rispetto a un dovere concreto" (FJ 3°). Secondo questa dottrina non serve ritenere che l'obiezione sia un diritto fondamentale nel nostro ordinamento giuridico; anche se si bisogna definirlo "*diritto costituzionale autonomo*", derivato dal diritto più ampio di libertà ideologica e necessariamente connesso allo stesso (STC 160/1987, FJ 3°). Nella sentenza si afferma che "neanche da questa Sentenza (la 15/1982) si deduce che si ritenesse che il diritto messo in questione fosse di rango fondamentale. Quello che in tale Sentenza si fece, fu dichiarare la natura costituzionale del diritto all'obiezione di coscienza. Si tratta, dunque, di un diritto costituzionale riconosciuto dalla Norma Suprema nel suo art. 30.2, protetto, sì, dal ricorso alla tutela (art. 53.2), però la cui relazione con l'art. 16 (libertà ideologica) non autorizza né permette di definirlo come fondamentale".

dalla loro normativa disciplinaria. L'obiezione di coscienza si è anche addotta, anche se per il momento senza successo, per evitare di far parte di giurie popolari o di pagare tasse destinate a spese militari.

A livello di giurisprudenza minore, il Tribunale Superiore di Giustizia dell'Andalucía ha ammesso due casi in più di obiezione di coscienza: dinanzi la materia di educazione alla cittadinanza adducendo che "utilizza concetti di indubbia trascendenza ideologica e religiosa quali l'etica, la coscienza morale o i conflitti morali", che possono essere contrari alle convinzioni più intime dei genitori dei minori ai quali si insegna (Sentenza del 3 marzo del 2008), e anche l'obiezione di coscienza dei farmacisti che si rifiutano di vendere la pillola abortiva (Sentenza dell'8 gennaio del 2007), obiezione riconosciuta anche in astratto dal Tribunale Supremo (TS) nella sua sentenza del 23 aprile del 2005, anche se mai utilizzata in concreto per tutelare un farmacista professionale.

La prima Sentenza fu ricorso al TS, e annullata con una risoluzione dove si affermava che "nei casi presentati non esiste il diritto all'obiezione di coscienza e nello stesso tempo ha stabilito che i decreti esaminati, entrambi riferiti all'Educazione Secondaria Superiore, di per sé non arrivano a lesionare il diritto fondamentale dei padri affinché i loro figli ricevano una formazione religiosa e morale che sia conforme alle loro stesse convinzioni". Tuttavia, tale sentenza ammetteva la possibilità che i manuali concreti della materia potessero, in qualche caso, essere suscettibili di obiezione di coscienza.

Malgrado il limitato riconoscimento da parte della dottrina costituzionale spagnola di questo diritto, frutto in gran parte della sua ingiustificata emarginazione rispetto ai diritti fondamentali, la sua relazione con il diritto fondamentale dell'art. 16 della CE è intima e innegabile, fino al punto che può definirsi come una manifestazione dello stesso. E questo ragionamento si trova nello stesso subconscio del TC. Come esempio, vediamo la relativamente recente STC 154/2002 (FJ 7) che, oltre a presentare l'obiezione come prolungamento del diritto fondamentale citato, riflette le direttrici del suo trattamento giuridico attuale nel nostro paese<sup>289</sup>.

-----  
289. La Sentenza considera che: "La comparsa di conflitti giuridici per ragioni di credo religioso non può sorprendere in una società che proclama la libertà di credo e di culto degli individui e delle comunità, così come la laicità e la neutralità dello Stato. La risposta costituzionale alla situazione critica che risulta dalla presunta esautorazione o esenzione dall'adempimento di doveri giuridici, nel tentativo di adeguare o conformare lo stesso comportamento alla guida etica o al piano di vita che derivi dalle sue credenze religiose, può risultare solo da un giudizio ponderato che accolga le peculiarità di ogni caso. Questo giudizio deve stabilire il raggiungimento di un diritto - che non è illimitato o assoluto - in vista dell'incidenza che il suo esercizio possa avere su altri aventi diritto, sugli altri beni costituzionalmente protetti e sugli elementi che costituiscono l'ordine pubblico protetto dalla Legge che, conforme a quanto disposto dall'articolo 16.1 della CE, limita le sue manifestazioni. Come già dicevamo nella STC 141/2000, del 29 maggio, FJ 4, "il diritto che tutela il credente nel credere e nel guidarlo singolarmente conforme alle sue convinzioni non è

Se osserviamo il FJ 8 della Sentenza, vedremo che l'equiparazione tra libertà e obiezione di coscienza è piena nel discorso del Tribunale "La relazionata esistenza di limiti nell'esercizio del diritto fondamentale alla libertà religiosa è espressione o manifestazione del fatto che, in generale, i diritti fondamentali non hanno carattere assoluto". Vale a dire, il TC identifica pienamente l'obiezione di coscienza con la libertà religiosa e di coscienza, ammettendo l'ovvietà che nel quadro del diritto fondamentale raccolto dall'art. 16 della CE vengano inclusi tutti gli atti conformi alla legge che servono per esercitarlo, però anche gli atti astrattamente illegali che, oltre alla ponderazione alla quale allude il TC, dimostrano di essere conformi alla legge nel cedere dinanzi a questo diritto. In questo contesto è insostenibile affermare che l'obiezione di coscienza non è un diritto fondamentale<sup>290</sup>.

Di conseguenza il carattere fondamentale del diritto all'obiezione di coscienza è ovvio e, a nostro parere, la giurisprudenza deve riconoscerlo espressamente al fine di ricevere il trattamento che deriva dal suo carattere superiore. Questa evidenza si può certificare ricorrendo al diritto comparato. Nella Legge Fondamentale di Bonn il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto dallo stesso articolo che la libertà di coscienza che li concepisce come due facce della stessa moneta. Dall'altro lato, e già mezzo secolo fa, nella risoluzione 337 del 1967, dell'Assemblea Consultiva del Consiglio d'Europa si affermava in modo esplicito che il riconoscimento dell'obiezione di coscienza deriva logicamente dai diritti fondamentali dell'individuo garantiti dall'art. 9 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale obbliga gli Stati membri a rispettare le libertà individuali di coscienza e di religione.

Analizzando la tutela del diritto di obiezione di coscienza nel diritto comparato, possiamo notare che in altre nazioni si riconosce abbastanza oltre i limiti stabiliti in Spagna e con un criterio indubbiamente ragionevole, cosa che dovrebbe farci riflettere sulle possibilità che abbiamo di conciliare le legittime convinzioni dei cittadini con l'ordine sociale. In primo luogo analizzeremo il caso italiano, uno dei Paesi europei dove l'obiezione di coscienza gode di maggior riconoscimento.

-----  
soggetto ad altri limiti che a quelli che gli impongano il rispetto dei diritti fondamentali altrui e di altri beni giuridici protetti costituzionalmente".

290. Identica argomentazione possiamo osservare nella Sentenza del Tribunale Supremo, del 23 aprile del 2005 già menzionata, nella quale si ammette che "nel caso dell'obiezione di coscienza, il suo contenuto costituzionale fa parte della libertà ideologica riconosciuta dall'art.16.1 della CE, in stretta connessione con la dignità della persona umana, il libero sviluppo della personalità (art. 10 della CE) e il diritto all'integrità fisica e morale (art. 15 della CE), cosa che non esclude la riserva di un'azione a garanzia di questo diritto per quei professionisti sanitari con competenze in materia di prescrizione e vendita di farmaci".

In Italia si riconosce l'obiezione di coscienza al servizio militare, però non si estende ai doveri cittadini in caso di guerra, di calamità pubblica o di mobilitazione generale<sup>291</sup>. Si riconosce anche l'obiezione di coscienza a medici e personale sanitario che non vogliano partecipare a un aborto, però non a un' "ostetrica che si è rifiutata di predisporre il campo sterile per l'effettuazione dell'aborto" per cui non si è prodotto un "ruolo espansivo" del criterio<sup>292</sup>. Invece, il giudice che deve autorizzare l'aborto di minori non viene esentato dal giudicare queste materie poiché viene anteposto il dovere di *satisfacere officio*<sup>293</sup>.

L'obiezione si estende a numerosi casi non previsti dalla legislazione spagnola. Per esempio, i farmacisti hanno diritto all'obiezione di coscienza per non vendere (e i medici per non prescrivere) la pillola del giorno dopo, un diritto appoggiato dal Comitato Nazionale per la Bioetica<sup>294</sup>. Per i medici e gli ausiliari sanitari esiste anche il diritto all'obiezione nei casi di procreazione medicalmente assistita<sup>295</sup>, un diritto che si estende al medico in materia di testamento biologico<sup>296</sup>. Si riconosce anche l'obiezione di coscienza generale nell'esercizio delle sue funzioni (non esercitare il proprio lavoro nella misura in cui possa contraddire le proprie convinzioni) a medici e infermieri sempre che il loro intervento non sia immediatamente necessario derivando la sua inibizione da gravi conseguenze per la salute del paziente<sup>297</sup>. I medici, i ricercatori, il personale sanitario e gli studenti hanno diritto all'obiezione nella sperimentazione con animali secondo la legge 413/1993, del 12 ottobre<sup>298</sup>.

In materia esclusivamente religiosa, il Diritto italiano offre alcuni casi di obiezione, *secundum legem*. Così, la Legge 101/1989 riconosce la festività del *sabbath* agli ebrei e agli avventisti del settimo giorno<sup>299</sup>. Tuttavia, ai musulmani non vengono riconosciuti diritti come l'essere presenti alle preghiere del venerdì, rispettare i loro precetti alimentari nelle "strutture costringitive", il diritto alle feste islamiche e alle donne di portare i capelli coperti nelle foto tessera, tutto questo è riconosciuto nella bozza di intesa con la comunità religiosa islamica del 1996, modificata nel 1998, ma che ancora non è stata negoziata con lo Stato<sup>300</sup>.

-----  
291. Turchi, V., *I nuovi volti di Antigone: le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., p. 98.

292. Ibid., p. 106.

293. Ibid., p. 112.

294. Ibid., pp. 114-116.

295. Ibid., pp. 126-128.

296. Ibid., p. 132.

297. Ibid., pp. 134-135.

298. Ibid., p. 136.

299. Ibid., p. 148.

300. Ibid., p. 150.

Abbandonando l'ambito europeo, negli USA, per esempio, l'obiezione nell'ambito lavorativo, proscritta in Spagna (si veda come esempio la STC 19/1985), viene accettata grazie all' "Emendamento Randolph alla Civil Rights Act", del 1964. Grazie a questo emendamento la non discriminazione del lavoratore per motivi religiosi riceve un riconoscimento in forma di linee direttrici ai tribunali al momento di difenderla.

In virtù di questa norma, i tribunali dovranno esigere all'impresa un "adattamento ragionevole" alle credenze dei lavoratori sempre che non suppongano un onere "eccessivo" per questa. In virtù di questo criterio la Corte Suprema ha tutelato diversi lavoratori (si veda il famoso caso "Sherbert" o il caso "Hobbie"), espulsi dalle loro imprese per rifiutarsi di realizzare lavori contrari alle loro convinzioni religiose (come fabbricare armi), o lavorare in giorni di riposo obbligato secondo le loro religioni.

Vediamo qui un'applicazione del criterio per chiarire l'applicabilità dell'obiezione di coscienza esposto alla fine di questo punto. Quando l'attacco alle convinzioni del lavoratore implica che il dovere richiesto è radicale e questo si può evitare senza un grave pregiudizio per l'impresa, il lavoratore deve essere tutelato ed esentato dal dovere. Ovviamente se in una impresa che lavora di sabato c'è solo un lavoratore e questo si rifiuta di farlo, la situazione diventerà insostenibile, però se ha colleghi con i quali può scambiare il turno la sua obiezione sarà legittima<sup>301</sup>.

Allo stesso modo, gli Stati Uniti permettono l'obiezione di coscienza a quei cittadini le cui convinzioni impediscono loro di far parte di una giuria. Dal famoso caso "Jenison", la giurisprudenza della Corte Suprema si è pronunciata a favore di questi obiettori, per il carattere costituzionale della libertà religiosa rispetto al rango puramente legale del dovere di prendere parte a una giuria, dovendo piegarsi l'ultimo davanti al primo. Anzi, la Corte è arrivata a tutelare coloro i quali si rifiutavano di essere giudicati da una giuria basandosi sulle loro convinzioni religiose secondo le quali gli uomini devono essere giudicati solo dai "più saggi della società", che essi identificavano con i giudici professionisti (caso "United States vs. Lewis")<sup>302</sup>.

Se ci rimettiamo all'attuale Diritto comunitario europeo, osserveremo che l'art. 10.2 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo riconosce l'obiezione di coscienza come diritto fondamentale. Dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000, si deduce

---

301. Navarro-Valls, R., *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, op. cit, pp. 150 e 155.

302. Ibid., pp. 184 e 185.



anche che il diritto all'obiezione di coscienza si può solo limitare come conseguenza della sua ponderazione su altri diritti fondamentali, sebbene sia qualcosa che all'inizio dovrà fare ogni Stato secondo la sua costituzione e le sue tradizioni giuridica e culturale<sup>303</sup>. E la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani ha contribuito considerevolmente a far valere questo diritto negli ultimi tempi.

Un caso paradigmatico è quello della Sentenza Folgero contro Norvegia del 29 giugno del 2007 (1547/2002) in cui si riconosce il diritto all'obiezione di coscienza di alcuni genitori che non vogliono che si addottrinino i figli nella scuola attraverso una materia religiosa contraria alle loro convinzioni. Come sottolinea la Sentenza, "la democrazia non si riduce alla prevalenza costante dell'opinione della maggioranza. Esige un equilibrio che garantisce alle minoranze un trattamento giusto e che eviti ogni abuso di potere".

In casi come questi ricopre particolare importanza il carattere eticamente ragionevole delle convinzioni di cui ci si avvale per esentare il minore dalla materia. Quando il contenuto della stessa coincide con i dogmi di una certa fede o ideologia, che non si può considerare universale perché si fonda strettamente (e senza altri contenuti soggettivi) su valori inerenti alla dignità umana come l'uguaglianza tra i sessi e le razze, è chiaro che questi non si possono imporre a persone che legittimamente rifiutano tale fede e non desiderano essere soggetti a proselitismi. Invece, quando i genitori del minore rifiutano che riceva delle lezioni dove soltanto si insegnano valori morali inerenti alla giustizia più essenziale e alla convivenza democratica, le loro pretese deve essere respinte per l'interesse dello Stato nell'avere futuri cittadini rispettosi dei loro simili, ma anche dello stesso minore che non ha ragione di essere condannato a vivere nel dogmatismo intollerante e contrario al più basilare civismo che i suoi genitori vogliono imporgli.

La giurisprudenza di questo Tribunale ha abbracciato molti altri casi di grande diversità dove l'obbedienza alla legge implicava un tradimento delle convinzioni più intime del ricorrente. Questo è il caso del "Caso Buscarini e altri contro San Marino" (Sentenza del 18-2-1999), nel quale si tutela un deputato che si è rifiutato di pronunciare le allusioni religiose del suo giuramento di presa di possesso. Come rileva il Tribunale, "sarebbe contraddittorio sottomettere l'esercizio di un mandato che tende a rappresentare nell'ambito del Parlamento differenti visioni della società, alla condizione di aderire, innanzitutto, a una visione determinata del mondo".

---

303. Turchi, V., *I nuovi volti di Antigone: le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., p. 85.

Tuttavia, sentenze più recenti suppongono una grave retrocessione nei confronti dell'obiezione di coscienza, come quella del 27 ottobre del 2009 (Application n. 23459/03) che si rifiuta di tutelare un obiettore armeno che è stato condannato per rifiutarsi di prestare il servizio militare di tale Paese, contraddicendo questa sentenza la risoluzione 1998/77 della Commissione per i Diritti Umani dell'ONU, che "richiama all'attenzione il diritto di ogni persona ad avere obiezioni di coscienza verso il servizio militare come esercizio legittimo al diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, proclamato nell'articolo 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e nell'articolo 18 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici". Altre risoluzioni più vecchie dell'ONU in questo senso sono la 1987/46, del 10 marzo del 1987; la 1989/59, dell' 8 marzo del 1989 e la 1991/65 del 6 marzo del 1991, dove si richiedeva l'esenzione dal servizio militare agli obiettori stabilendo l'obiezione come un vero e proprio diritto. Allo stesso modo la risoluzione 337 dell'Assemblea Consultiva del Consiglio d'Europa (26 gennaio del 1967), appoggiata dal posteriore consiglio del Comitato dei Ministri R(87) 8, considera come motivi legittimi per prospettare l'obiezione di coscienza le cause religiose e ne difende il riconoscimento come diritto personale dell'obiezione.

L'inconsistente rimando del Tribunale all'art. 4.3 del Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (approvata già 60 anni fa e che oggi deve interpretarsi alla luce dell'evoluzione giuridica, espressa in testi come quello precedente), adducendo che la sua espressione circostanziale "o nel caso di obiettori di coscienza nei Paesi in cui l'obiezione di coscienza sia riconosciuta come legittima" implica che in Europa possano esistere Paesi che legittimamente respingano tale obiezione, suppone di collocare l'UE al di sotto di molte nazioni teoricamente meno sviluppate in quanto al riconoscimento di un diritto fondamentale come l'obiezione di coscienza che in molti pochi casi si manifesta con tanta nitidezza e legittimità, come nel caso del servizio militare, contrario alle proprie convinzioni. Allo stesso modo, suppone una gravissima incoerenza con la stessa dottrina del tribunale, che esonera uno scolaro dal partecipare a una sfilata commemorativa per il suo sfondo militarista (Caso di Efstratiou contro Grecia, Sentenza del 27 novembre del 1996), però condanna un uomo a portare e ad usare armi integrandosi in una istituzione la cui missione è quella di uccidere (per quanto lodevoli o meno possano essere i suoi fini), contro la sua coscienza.

In conclusione, rimane un lungo cammino da percorrere per arrivare al pieno riconoscimento giuridico, al di là di quello che è nominale, dell'obiezione di coscienza. Esplorare i limiti dell'esenzione dai doveri legali per quei cittadini le cui convinzioni "coerenti e sincere" si vedono conculcate da alcune disposizioni legali il cui inadempimento non trasgredisca i diritti fondamentali dei loro simili e l'ordine pubblico, è un lavoro imprescindibile nelle società che pretendono di definirsi democratiche, un lavoro che deve portarsi a termine

prescindendo da pregiudizi e intolleranze contro coloro le cui convinzioni differiscono da quelle maggioritarie, però possiedono una rispettabilità intrinseca avallata dal coraggio di chi cerca di difenderle senza imporle agli altri, ma disposti a giocarsi la loro libertà e il loro patrimonio allo scopo di salvaguardarle nella sfera dei propri atti.

## CAPITOLO III. DIRITTI FONDAMENTALI E NEOCOSTITUZIONALISMO

### 1. Presupposti previ

Come abbiamo sostenuto nel corso di quest'opera, la filosofia neocostituzionalista materializzata nel diritto positivo implica una positivazione non solo dell'essere, ma anche del dover essere della norma giuridica, in quanto i poteri dello Stato non sono più completamente sovrani, ma sono limitati dalle diverse norme relative al contenuto delle leggi stabilite nella norma costituzionale<sup>1</sup>. Lo stesso succede con le maggioranze popolari rappresentate al governo, che devono adattare il loro programma politico al patto costituzionale, ai suoi principi e valori.<sup>2</sup>

Questo fenomeno non è stato circoscritto al diritto statale, ma è stato esteso anche all'ambito delle relazioni internazionali, almeno teoricamente. La nascita della Carta dell'ONU e le diverse dichiarazioni e patti internazionali sui diritti umani, e relative anche all'uso della forza nei conflitti tra gli Stati, ha messo per iscritto un sistema normativo che, nonostante sia lontano dall'essere completo ed esaustivo, costituisce l'ossatura di un modello di diritto internazionale capace di rendere effettiva la dignità umana e di preservare la pace nel mondo, qualora si trovi il coraggio di metterlo veramente in pratica<sup>3</sup>.

Ciononostante, gli impegni presi nell'ambito di questi strumenti internazionali sono al giorno d'oggi preoccupantemente incompiuti, in quanto manca in molti casi una giurisdizione internazionale efficace (e in molti altri semplicemente una giurisdizione internazionale) capace

-----  
1. Come giustamente afferma Barranco "esistono certe caratteristiche delle costituzioni contemporanee, che non sono pertinenti ai diritti fondamentali, e che fanno parlare di un 'cambiamento di paradigma' nel diritto vigente, che se si producesse ci obbligherebbe ad affermare che i giuristi positivi hanno smesso di essere formalisti. Quando parliamo di 'diritti fondamentali', la definizione dell'oggetto della Teoria del Diritto si fa, se è possibile, più complessa." (Barranco Avilés, M<sup>a</sup> del C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid 2000, p. 56. Per l'evoluzione della dottrina spagnola sul suo riconoscimento, si vedano le pp. 59 e segg. Sulla funzione legittimante del potere propria di questi diritti si vedano le pp. 76 e segg.).

2. Afferma Prieto Sanchís che, da questa prospettiva, "i diritti sono sempre al di sopra della democrazia, la giustizia al di sopra della politica" (Prieto Sanchís, L., *Los derechos fundamentales en la época del constitucionalismo*, in AA.VV., *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, tomo 1, La tercera generación de derechos fundamentales, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2009, p. 146).

3. Questi trattati sono stati generalizzati a tal punto da riconoscere diritti di quarta generazione come il diritto allo sviluppo, un diritto delle persone e dei popoli che conta sulle risorse per la loro realizzazione personale e per il progresso delle loro società. Così nota Angulo a mo' di esempio "I Patti Internazionali dei Diritti Umani, il Patto Internazionale dei Diritti Economici, Sociali e Culturali (PIDESC) e il Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici (PIDCP)", che costituiscono "testi normativi strettamente vincolati al diritto allo sviluppo dato che nei suddetti testi figurano gran parte dei diritti umani, che fanno parte del contenuto di tale diritto. Questi patti posseggono il livello di trattato internazionale con la conseguente forza di obbligare gli Stati segnatari, che sono attualmente la maggioranza di quelli esistenti" (Angulo Sánchez, N., *El desarrollo como derecho humano*, in *Entelequia*, Revista Interdisciplinar, N° 6, primavera 2008, p. 299).

di sanzionare coloro che li violano. È risaputo che ogni norma giuridica senza coercizione rimane limitata ad una mera esortazione morale senza nessuna garanzia di adempimento, eccetto l'onorabilità del suo destinatario. E, come abbiamo visto negli ultimi anni, questa è una qualità che scarseggia in numerosi governi mondiali.

È per questo che il principale obiettivo della filosofia neocostituzionalista oggi non è quello di progredire nel riconoscimento dei diritti e libertà (fine di grande importanza, tra l'altro), bensì approfondire la *ricerca degli strumenti e dei mezzi necessari per garantire in modo effettivo la piena vigenza dei diritti e dei limiti al potere statale già riconosciuti*, tanto nell'ambito nazionale quanto in quello internazionale.

## 2. Natura dei diritti fondamentali

Prima di addentrarci nello studio pratico dei diritti fondamentali, dobbiamo analizzare tale concetto da una prospettiva teorica (che a questo punto sarà teorico-formale) per chiarire a cosa ci riferiamo esattamente nel menzionare tali diritti. Nel capitolo precedente, basandoci sul pensiero dei principali autori neocostituzionalisti, ci siamo riferiti ai beni umani essenziali che danno luogo, per il loro valore capitale, alla nascita di questo tipo di precetti di rango costituzionale, i quali divengono le più importanti fondamenta dell'ordinamento, poiché costituiscono l'unica via per istituzionalizzare gli obiettivi di promozione del bene comune e per il conseguimento di una giusta convivenza, creando in questo modo un diritto valido<sup>4</sup>. Abbiamo inoltre riflettuto sui diritti concreti ai quali in pratica danno luogo e abbiamo ricordato, in modo esemplificativo, ma per niente esaustivo, la loro creazione nelle costituzioni vigenti<sup>5</sup>.

-----  
4. Come afferma Rawls, "non importa che le leggi e le istituzioni siano disciplinate e siano efficienti: se sono ingiuste devono essere riformate e abolite. Ogni persona possiede un'inviolabilità fondata sulla giustizia che nemmeno il benessere della società nel suo insieme può calpestare" (Rawls, J., *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica de España, 1997, p. 17).

Anche Pérez Luño dice che i diritti umani sono "un insieme di poteri e istituzioni che in ogni momento storico, concretano le esigenze specifiche di dignità, libertà e uguaglianza umana, che devono essere riconosciute positivamente dagli ordinamenti nazionali e internazionali" (Pérez Luño, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit, p. 48). Ma i progressi nel riconoscimento di tali diritti già ottenuti devono essere considerati irrinunciabili e il contesto culturale non può mai servire come scusa per ignorare la sua essenza.

5. Come sintesi di quanto già esposto offriamo la classificazione di Basave, che distingue i diritti umani in "Diritti Civili (o individuali propriamente tali): diritto alla vita, alla libertà fisica, e alle proprie garanzie processuali, alle libertà religiose, all'istruzione, diritto di espressione e di riunione; diritto all'uguaglianza; alla proprietà; all'inviolabilità del domicilio, eccetera; 2) Diritti politici o civici: diritto alla nazionalità; diritto alla partecipazione alla vita civica del paese, eccetera; 3) Diritti Economici: diritto ad una remunerazione equa e soddisfacente; diritto a un livello di vita adeguato, eccetera; 4) Diritti Sociali: diritto al lavoro e alla sua libera scelta; diritto ad una sicurezza sociale; diritto alla tutela della maternità e dell'infanzia, eccetera" (Basave Fernández del Valle, A., *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León, México 1998, pp. 4-5).

A questo punto, dobbiamo chiarire che esiste una considerevole divergenza terminologica tra i concetti di “diritti umani” e di “diritti fondamentali”. Ci sono autori come Robles Morchón che affermano che “una volta che i diritti umani, o meglio, determinati diritti umani, si positivizzano, raggiungono la categoria di veri diritti protetti processualmente e passano a essere diritti fondamentali in un determinato ordinamento giuridico”, vale a dire che “i diritti fondamentali sono diritti umani positivizzati”<sup>6</sup>. La stessa cosa sostengono Serrano Marín<sup>7</sup>, Sánchez Férriz<sup>8</sup> o Bovero, che li identificano con quei diritti sui quali si fonda un patto di convivenza sociale consacrato nel testo costituzionale<sup>9</sup>. Tale *status* li porta ad usufruire di una particolare protezione negli Stati di costituzione rigida (per abrogarli sarebbe necessario riformarla), così come di una particolare tutela da parte della giustizia costituzionale.

Altri ritengono che i diritti umani si riferiscono all’ambito sovrastatale, ossia, alle convenzioni e ai trattati che oltrepassano un ambito territoriale e pretendono di essere applicabili alla maggioranza degli esseri umani indipendentemente dalla loro cittadinanza. Questa è l’opinione di Rubio Llorente<sup>10</sup>.

Infine, un altro settore della dottrina sostiene che i diritti “umani” e “fondamentali” sono due termini che possono usarsi indistintamente. Di questo pensiero è Pérez Luño, il quale

---

6. Robles Morchón, G., *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Ed. Civitas, S.A., Madrid 1997, pp. 20 e segg.

7. “Potremmo dire quindi, e in termini generali, che ci troviamo davanti a diritti fondamentali quando si verifica una positivizzazione della nozione più ampia dei diritti umani, e una positivizzazione costituzionale a cui si accompagna una tutela rinforzata di tali diritti” (Serrano Marín, V., *¿Es el Estado un derecho fundamental? Reflexión sobre el fundamento epistemológico de los Derechos Fundamentales*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 5, enero-marzo, 1990 p. 241).

8. “I diritti umani possono ben costituire i referenti che dal pensiero filosofico e politico vengono invocati come condizione di ogni società giusta; in qualche modo si situano in una zona di confine tra la morale e il diritto, tra l’essere e il dover essere, rappresentando ora aspirazioni, ora riconoscimenti formali in documenti nazionali ed internazionali. Quando questi documenti conterranno sull’appoggio dello Stato che con essi si impegna formalmente a rispettarli, i diritti abbandonano l’ambito della morale e l’impegno politico per inserirsi tra gli elementi del diritto (...), i diritti fondamentali incarnano l’articolazione giuridica di tali valori” (Sánchez Férriz, R., *Veinte años de derechos fundamentales*, in *Anuario jurídico de La Rioja*, N° 4, 1998, pp. 193-194).

9. Bovero, M., *Tutela sovranazionale dei diritti fondamentali*, in Mazzarese, T., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, G. Giappichelli, Torino 2002, XII, pp. 242-243.

10. Riferendosi ai concetti di diritti umani e diritti fondamentali, l’autore afferma che “Nel primo, è una protezione regolata dal Diritto internazionale; l’obbligo di rispettare i diritti è di conseguenza garantito dagli strumenti propri di questi, in modo che perfino nel caso in cui tale protezione venga affidata ad un Tribunale, come la Corte Europea dei Diritti Umani, TEDH, questi non può rimediare da sé all’infrazione; ma solamente esigere allo Stato responsabile che la rimedi, concedendo al pregiudicato una soddisfazione. Nel secondo, si tratta di un obbligo derivato dal Diritto interno, la cui infrazione deve essere rimediata di conseguenza dai Tribunali dello stesso Stato che dispongono di tutte le facoltà necessarie, non solo per dare dei risarcimenti, ma per annullare gli atti lesivi e rimettere il pregiudicato nella totale fruizione dei suoi diritti” (Rubio Llorente, F., *Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, Año n° 22, N° 64, 2002, pp. 21-23).

sostiene, appunto, che entrambi i termini si possono usare in modo indistinto<sup>11</sup>.

In questo lavoro utilizzeremo il concetto di diritti fondamentali come espressione di una realtà di radice morale destinata necessariamente a diventare giuridica nelle diverse costituzioni, riferendoci con identico termine al diritto destinato ad ispirare l'ordinamento da una costituzione giusta e autenticamente democratica prima e dopo la sua positivazione. Consideriamo fondamentali questi diritti per la loro vocazione di gettare le basi di ogni ordinamento giuridico con le pretese di essere vero diritto, indipendentemente dal fatto che in diversi Stati siano ignorati e non riescano a entrare in vigore. Per questo, e nonostante posseggano lo stesso contenuto materiale del concetto di diritti umani, dalla nostra prospettiva, impiegheremo preferibilmente il termine "diritti fondamentali" nell'esaminare la realtà dei diritti dell'uomo dalla prospettiva della loro proiezione (sia potenziale sia realmente eseguita) sul diritto positivo.

Concentriamoci adesso sull'esame della natura dei diritti fondamentali partendo da una prospettiva formale. Nel definirli da questa angolazione, consideriamo particolarmente completa la tesi di Alexy. Questo autore sostiene che tali diritti posseggono tre caratteristiche di base: destinatari, contenuto e limiti, e inoltre che sono diritti astratti poiché in principio il raggiungimento di ognuna di queste tre caratteristiche non è limitato (per esempio, se il contenuto del diritto esige obblighi positivi da parte dello Stato o solo negativi<sup>12</sup>), dovendo chiarire questi estremi attraverso la Ragione e l'analisi giuridica.

In questo capitolo tratteremo proprio i diritti fondamentali dal punto di vista del loro inserimento nel diritto positivo, i loro requisiti e caratteristiche formali, il loro ruolo e la loro ripercussione sugli ordinamenti, le loro possibili limitazioni e lo stato attuale degli sforzi tesi a massimizzare la loro vigenza.

-----  
11. Pérez Luño, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid 1984, p. 31.

12. "I diritti umani sono diritti astratti. Esistono diverse dimensioni e gradi di astrazione. Prendiamo come esempio l'enunciato: "tutti hanno diritto alla libertà". Il diritto corrispondente a questo enunciato è astratto in tre aspetti o dimensioni. La prima dimensione concerne i destinatari. Non si dice nei confronti di chi si rivolge il diritto, pertanto, si astrae il destinatario. La seconda si riferisce alla modalità dell'oggetto del diritto. Rimane aperta la questione se il diritto è solo un diritto all'astensione da interventi nella libertà, ossia, un diritto di difesa liberale, o se è anche diretto ad una azione positiva, la quale, d'altro canto, può consistere solo in una protezione dinanzi ad interventi di altri, o anche nell'assicurazione delle condizioni reali, per esempio, quelle economiche, per l'uso della libertà. La terza dimensione dell'astrazione riguarda la restrizione del diritto. Nessun diritto alla libertà è illimitato. Trova il suo limite perlomeno laddove si scontra con la libertà di altri. Nell'enunciato sopracitato, nulla si menziona al rispetto. È necessaria una clausola restrittiva. Alle tre dimensioni di astrazione si somma l'alto grado di imprecisione dell'oggetto del diritto. Un diritto alla libertà di espressione, di migrazione o di professione, sarebbe, per esempio, più specifico" (Alexy, R., *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año n° 5, N° 8, 2000, p. 30).

### **3. L'esigibilità dei diritti fondamentali: alcuni diritti morali con un'indispensabile vocazione di vigenza positiva**

#### **3.1. Essere e dover essere nell'influenza dei diritti fondamentali come diritti morali**

Cominciamo con un'analisi formale più dettagliata dei diritti fondamentali che, prima di tutto, sono diritti. Qualsiasi diritto, secondo Dworkin, possiede due tratti essenziali<sup>13</sup>:

1) si distinguono dagli altri stati di cose socialmente importanti che possono costituire obiettivi collettivi, nei quali sono distribuiti e individualizzati, fornendo risorse e opportunità determinate a ciascuno dei soggetti che costituiscono la classe che gode del diritto in questione (invece, le situazioni sociali importanti proprie degli obiettivi collettivi coinvolgono benefici aggregativi e non individualizzati, ammettendo una distribuzione diversa tra gli individui a seconda che risulti efficiente per massimizzare l'importo globale di tali benefici).

Questo aspetto si rivela di estrema importanza dato che il riconoscimento del diritto soggettivo è imprescindibile affinché il suo titolare possa rivendicarlo nel possedere un "diritto davanti allo Stato"<sup>14</sup>. Come nota Rita Pilia fu dopo la Seconda Guerra Mondiale che si comprese in maniera generalizzata "l'esigenza di trasformazione del bisogno di protezione in diritto soggettivo costituzionalmente garantito"<sup>15</sup>.

Tale riconoscimento implica un diritto davanti ai tribunali affinché compiano il loro dovere, applichino il diritto e salvaguardino i diritti fondamentali del cittadino<sup>16</sup>. Come indica Barbera, citando Allegretti, per mettere in discussione il valore del supposto "diritto alla pace", derivato dall'art. 11 della Costituzione italiana, "Umberto Allegretti ha sottolineato con forza come ogni norma costituzionale – compreso quindi il diritto alla pace – debba tradursi in posizioni soggettive, ma quanti sono gli strumenti attivabili davanti al giudice – se lo chiede anche Peces Barba – nel caso in cui si ritenesse violato tale diritto (come tante volte è stato gridato in questi anni nei cortei pacifisti) da un'azione dei pubblici poteri?"<sup>17</sup>. Continua dicendo Barbera che "la dignità di diritto va riconosciuta solo a quelle situazioni in cui determinati

-----  
13. Nino, C.S., *Ética y Derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona 1989, pp. 34 e 35.

14. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2001, p. 175.

15. Pilia, R., *I diritti sociali*, Jovene editore, Napoli 2005, p. 26.

16. "Se i tribunali civili possono violare con il contenuto delle loro sentenze i diritti dei cittadini, allora nel caso dei diritti lesionati si deve trattare di diritti del cittadino davanti all'amministrazione di giustizia, ossia, davanti allo Stato." (Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 517).

17. Barbera, A., "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in Califano, L., (a cura di) *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2004, p. 25.



interessi soggettivi – vale a dire di individui e gruppi di individui – siano direttamente e immediatamente tutelati e sia data agli stessi la pretesa di attivare rimedi giurisdizionali per la loro integrabilità” concludendo che “o si tratta di pretese azionabili o non si è di fronte a diritti fondamentali”<sup>18</sup>.

Ciononostante, si afferma dalla dottrina e dalla giurisprudenza che “c’è un’altra dimensione oggettiva o politica dei diritti nella misura in cui stiamo parlando di caratteristiche necessarie della democrazia, nel doppio senso che i diritti sono l’obiettivo che giustifica il sistema politico che riceve questo nome, che appare quindi come un ordine politico necessariamente servizievole o strumentale, che non può giustificarsi da se stesso; o come strumento di nessun altro che non siano gli stessi diritti dei cittadini, e come sistema politico che non può funzionare senza i diritti fondamentali, come vero ordine di libertà quale è”<sup>19</sup>. Secondo questa tesi i diritti sono innegabili attributi del cittadino, ma anche linee maestre che devono guidare le politiche dello Stato. Così riconosce, senza andare troppo lontano, la giurisprudenza spagnola<sup>20</sup>. La teoria è bella, tuttavia, se non esistono azioni per rivendicare il protagonismo di queste “linee maestre”, dove sta il suo valore?

2) I diritti (anche quando non siano assoluti e possano cedere davanti ad altri) costituiscono un limite (una carta vincente secondo le parole di Dworkin) in opposizione alle misure fondate sulla persecuzione degli atti collettivi. I diritti non possono essere calpestati neanche quando questa condotta porti ad una situazione socialmente importante per la collettività<sup>21</sup>. Ciò che giustifica il diritto “politico” di ogni cittadino è “che le ragioni per dargli ciò che chiede sono più forti di qualsiasi giustificazione collettiva che normalmente fornisce una giustificazione politica per qualche decisione”<sup>22</sup>.

Il diritto soggettivo ha sempre una struttura triádica, nel riconoscere un “portatore o titolare” dello stesso, un “destinatario” (che deve rispettarli) e un “oggetto” (bene personale

---

18. Barbera, A., “Nuovi diritti”: attenzione ai confini, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, op. cit., pp. 29 e 31.

19. In tal senso, si possono vedere le sentenze come quella STC 172/1989 che risalta la dimensione oggettiva e soggettiva del diritto al lavoro dei detenuti ritenendo che “deve riconoscersi una situazione giuridica pienamente identificabile come diritto fondamentale dall’internato, con la doppia condizione di diritto soggettivo ed elemento essenziale dell’ordinamento giuridico” in virtù della quale il tribunale ricorda di “formulare una proposta alla Direzione Generale di Istituzioni Penitenziarie affinché consideri la possibilità di concedere un posto di lavoro a tutti gli internati nel compimento del mandato costituzionale” considerando d’altro canto, diritto soggettivo di ogni detenuto quello di accedere ai posti già esistenti nelle condizioni legalmente previste.

20. Solozábal Echavarría, J. J., *Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales*, in *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 4, 2001, p. 107.

21. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad.de M. Guastavino, Ariel, Barcelona 1984, pp. 91-92.

22. Ibid., pp. 493.

protetto dal diritto<sup>23</sup>). Nel caso dei diritti fondamentali, lo Stato è sempre destinatario degli stessi, proteggendoli dai suoi stessi eccessi e dagli abusi di altri cittadini e realizzando le condotte positive che siano necessarie per la sua promozione. Le azioni negative derivate da questi diritti possono essere il non impedimento di condotte (il caso della libertà di circolazione), il non danneggiamento di proprietà e di situazioni (come succede con l'inviolabilità del domicilio), e la non eliminazione delle posizioni giuridiche (per esempio, l'esproprio arbitrario di una proprietà). Le azioni positive statali che nascono dai diritti fondamentali sono fattuali (per esempio, l'indennità di disoccupazione) e normative (cioè il diritto del cittadino ad esigere lo sviluppo legale dei diritti astratti riconosciuti dalla costituzione<sup>24</sup>).

Secondo quanto abbiamo appena affermato, l'elemento radicale di identificazione dei diritti è la possibilità di rivendicarli, senza la quale rimangono come una pistola senza grilletto. Gli obblighi dei diritti sono sempre "relazionali"<sup>25</sup>, in modo che il titolare possa rivendicare il loro adempimento a differenza di quanto succede con i "non relazionali", nei quali si afferma l'obbligo, ma non si riconosce che questo possa essere preteso dal proprietario di tale diritto. E tali obblighi sono tanto attivi come omissivi. Sulla base di questa idea è stata sviluppata la dottrina dell'*incostituzionalità per omissione*, accolta da numerose corti costituzionali e che considera un inadempimento della norma fondamentale la passività dello Stato davanti alle condotte positive che deve realizzare per soddisfare i diritti fondamentali. A questa dottrina ci riferiremo dettagliatamente in questo stesso capitolo quando analizzeremo la giurisprudenza latinoamericana in materia di diritti sociali.

Proprio per l'importanza dell'esigibilità dei diritti fondamentali, Álvarez Gálvez sostiene che "è un'impresione affermare che i diritti umani siano universali (nel senso che hanno come titolari tutti gli esseri umani), senza fare nessun riferimento ai sistemi normativi nei quali si

-----  
23. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 187.

Allo stesso modo Zanetti sostiene che affinché esista un diritto sono necessari quattro elementi essenziali "una pretesa, i soggetti del rapporto, i contenuti del diritto, le garanzie." (Zanetti, G. F. *Eguaglianza*, in Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p. 67).

24. Ibid., pp. 188-196.

Anche Abramovich afferma che "é oportuno evidenziare che è incorretta la concezione secondo cui i diritti economici, sociali e culturali siano diritti che stabiliscono esclusivamente obblighi positivi. Tanto i diritti civili e politici quanto quelli economici, sociali e culturali costituiscono un complesso di obblighi positivi e negativi. Gli obblighi negativi sono quelli che ha lo Stato di astenersi nel realizzare una determinata attività: non impedire l'espressione o la diffusione di idee, non violare la corrispondenza, non detenere arbitrariamente, non impedire che una persona si affili ad un sindacato, non intervenire in caso di sciopero, non peggiorare lo stato di salute della popolazione, non impedire che una persona acceda all'istruzione." (Abramovich, V., *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*, in *Revista de la CEPAL*, N° 88, abril 2006, p.43).

25. Ibid., p. 201.

integrano. I diritti umani sono universali (in questo senso assoluto, cioè, che i titolari sono tutti gli esseri umani) solo se anche il sistema normativo nel quale si integrano ha una validità universale (vale a dire, che ha come destinatari tutti gli esseri umani)". Questa condizione purtroppo non si verifica, né a livello nazionale (in molti Stati) né in ambito internazionale, dove le dichiarazioni e i patti di diritti hanno una ripercussione limitata e dipendente dall'accettazione degli Stati. Di conseguenza, Álvarez Gálvez ritiene che "i diritti umani sono irrinunciabili solo nel senso fondamentale (che li differenzia dagli altri diritti) per cui la loro titolarità è irrinunciabile"<sup>26</sup>, ossia, che una volta riconosciuti, il suo titolare non può mercanteggiare con essi accettando, per esempio, di essere schiavo in cambio di un prezzo.

Che valore ha dunque il concetto di diritti umani (che, ricordiamo, nel nostro lavoro impieghiamo come sinonimo di diritti fondamentali) se la sua vigenza non è universale nella realtà? Afferma Alexy che "i diritti umani sono diritti che posseggono tutti gli esseri umani, come individui, indipendentemente da un titolo acquisitivo"<sup>27</sup>. Osserviamo dalle parole dell'autore che questi diritti, in quanto ai suoi titolari, sono diritti universali che corrispondono ad ogni persona per il fatto di esserlo e, di conseguenza, fondano diritti collettivi come il diritto allo sviluppo dei Paesi del Terzo Mondo. Tuttavia di quale tipo di diritti stiamo parlando, se in numerose parti del mondo non possono essere rivendicati? La risposta si trova nel concetto di diritto morale.

I diritti umani sono diritti morali. Secondo le parole di Alexy, "un diritto morale esiste quando la norma che lo concede vale moralmente. Una norma vale moralmente quando può essere giustificata di fronte a tutto ciò che fa parte di un fondamento razionale"<sup>28</sup>. E ciò è indipendente dalla sua positivazione, "con la positivazione, gli si aggiunge, solamente la validità giuridica come un fondamento aggiuntivo di validità, il quale, naturalmente, costituisce il fondamento della validità decisivo nella discussione giuridica. In questo modo, il carattere morale dei diritti umani non si oppone alla loro istituzionalizzazione come diritti giuridico-positivi"<sup>29</sup>.

---

26. Álvarez Gálvez, I., *Sobre el carácter irrenunciable de los derechos humanos*, in *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 5, 2002 edición virtual.

27. Alexy, R., *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año n° 5, N° 8, 2000, p. 25.

28. Alexy, R., *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, op. cit., p. 26.

29. Ibid., p. 27.

Allo stesso modo Nino afferma che "i diritti umani sono diritti morali che si concedono prendendo come unica proprietà rilevante dei loro beneficiari quella di appartenere alla specie umana, da ciò si deduce che tutti gli uomini posseggono un uguale titolo per questi diritti nella misura in cui tutti presentano allo stesso modo tale proprietà rilevante." (Nino, C. S., *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, op. cit., p. 43).

I diritti umani posseggono, oltre al loro carattere di diritti morali, data la loro importanza, la caratteristica dell'essenzialità. "La essenzialità concerne l'*oggetto* dei diritti. Nei diritti umani si tratta della protezione, della soddisfazione degli interessi e dei bisogni fondamentali. Un interesse o un bisogno è essenziale, quando la sua violazione o la sua non soddisfazione significa, o la morte o la sofferenza grave, o tocca il nucleo essenziale dell'autonomia. Tra l'essenzialità dei diritti umani e la sua validità morale c'è una connessione, tuttavia, le due cose non sono identiche. La connessione risulta dal fatto che un diritto, quanto più facilmente può essere giustificato davanti a tutti, più fondamentale è."<sup>30</sup>.

Da questo carattere dei diritti morali e fondamentali deriva la loro priorità davanti al diritto positivo. In tal modo "non è il diritto positivo la misura per il contenuto dei diritti umani, ma i diritti umani sono la misura per il contenuto del diritto positivo. L'osservanza dei diritti umani è una condizione necessaria di legittimità del diritto positivo. Il diritto positivo che viola i diritti umani è nel suo contenuto un diritto incorretto"<sup>31</sup>. Ancora una volta viene mostrato l'argomento dell'ingiustizia estrema come causa di invalidità del diritto sostenuto da Alexy e già profondamente analizzato nel capitolo precedente. A questo argomento deve aggiungersi quello della disobbedienza civile, anch'esso già trattato, per combattere il diritto ingiusto che non raggiunge un grado estremo di deviazione. È per questo motivo che non condividiamo la posizione di Álvarez Gálvez: la non osservanza dei diritti fondamentali non li priva della loro vocazione giuridica, bensì proprio per tale vocazione, legittima la cittadinanza a usare le vie

-----  
Zagrebelsky si basa su questi diritti per sostenere che "esistono esigenze di giustizia generale, che esiste un ordine che supera sia le concrete volontà individuali sia l'accordo delle volontà individuali che si esprime attraverso il principio delle maggioranze, un ordine che deve essere perseguito come tale. Le norme di giustizia delle costituzioni attuali affermano quindi una distinzione, che può trasformarsi in contrapposizione, tra interessi individuali e interessi generali qualitativamente diversi dalla pura e semplice somma di quelli individuali." (Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Madrid 2005, p. 124).

30. Alexy, R., *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, op. cit., p. 28.

In quest'opera, Alexy vincola i diritti umani fondamentali con un minimo di giustizia irrinunciabile per ogni ordinamento, ma non con la giustizia ideale. "Ciò che viola i diritti umani è necessariamente ingiusto, ma non tutto ciò che è ingiusto viola sempre allo stesso tempo i diritti umani. Quindi, come si è già menzionato, esiste un diritto umano a un minimo di sussistenza. È facile immaginare una distribuzione del benessere che assicuri a tutti un minimo di sussistenza, ma che, tuttavia, è sommamente ingiusta. In questo caso, il fatto non è tanto un problema di diritti umani, ma di giustizia distributiva che deve decidersi nel processo politico – avallato dai diritti umani –. Perciò, i diritti umani come tali, esprimono solo una minima concezione di giustizia." (Ibid., p. 29).

Ciononostante riteniamo che un'osservanza ideale dei diritti fondamentali (che oggi non si verifica praticamente in nessuno Stato), avvicinerrebbe molto il diritto alla giustizia. Sono molte le prestazioni, i servizi e a volte le libertà che brillano per la loro assenza nella maggioranza degli Stati occidentali che si dichiarano rispettosi dei diritti fondamentali, e questa assenza degrada la qualità della vita di centinaia di milioni di cittadini, conculcando la loro dignità. Il rispetto reale dei diritti fondamentali che porta a questa ampia percentuale di popolazione esclusa dai livelli economici di una classe media (poiché il livello di vita minimo non può situarsi sotto questo referente), nel senso autentico del termine supporrebbe un drastico progresso verso la giustizia sociale. Continuerebbe ad essere il minimo di giustizia esigibile ad ogni Stato, ma molto meno lontano dall'ideale di giustizia di ciò che affermano coloro che considerano conforme alla dignità umana la povertà che oggi vivono tantissimi cittadini occidentali).

31. Ibid., pp. 29-30.

sopraccite per restituire la correttezza all'ordinamento ingiusto.

Tutto ciò non impedisce che una *positivizzazione dei diritti fondamentali sia vitale al fine del compimento, della conoscenza e dell'organizzazione*. È esattamente questa positivizzazione ciò che si persegue con gli strumenti della mobilitazione del paragrafo precedente, in quanto è innegabile che *senza questa il valore dei diritti della persona si annulla a effetti pratici*. E, insieme ad essa, bisogna generare strumenti di tutela effettivi. In tal senso, Alexy nota che “con una sola disposizione nella costituzione non controllabile giudiziarmente, si apre la strada per la perdita della sua obbligatorietà”<sup>32</sup>.

Dunque, bisogna determinare chi sono i responsabili che fanno valere i diritti fondamentali e il grado di responsabilità di ciascuno, stabilendo chi deve intervenire in primo luogo e chi, in caso di omissione del primo, deve farlo, così come istituire le corrispondenti sanzioni e strumenti coercitivi in caso di inadempimento.

Ferrajoli, che concepisce i diritti come aspettative di ottenere una prestazione o non soffrire una lesione, coincide nel considerare che questi di per sé sono insufficienti senza una norma che garantisca la loro effettiva protesta da parte del suo titolare quando essi vengano violati, e si preoccupa particolarmente per il protrarsi di questa anomalia quando il diritto è già costituzionalizzato, ma è ignorato nella pratica dal legislatore. L'autore, riferendosi ai diritti affermati nella costituzione, ma non sviluppati mancando le vie per farlo, ritiene che esistono, ma si riducono ad aspettative normative fino a quando non si generi l'impalcatura legale che permetta di farli valere<sup>33</sup>. In tal senso, ammette che “dato un diritto soggettivo, non esiste -

-----  
32. Alexy, *Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático*, in Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 33.

Allo stesso modo Bovero afferma che “i diritti esigono garanzie idonee, le quali devono essere istituite e fatte valere in modo efficace dallo stesso ordinamento normativo che attribuisce i diritti. In altre parole, le norme che conferiscono diritti soggettivi sono di per sé insufficienti: devono essere completate da norme che tendono a rendere effettivi i diritti, nel predisporre le garanzie.” (Bovero, M., *Tutela supranacional de los derechos fundamentales y la ciudadanía*, in *Revista Internacional de Filosofía Política*, N° 18, 2001, p. 8).

Lo stesso autore sostiene che “i diritti umani rivendicano una validità universale; tuttavia, a differenza di quella dei diritti naturali, la validità universale dei diritti umani pretende di essere non solo morale, anche se si una (presunta) morale razionale, molto forte per essere cognitiva - come era quella sulla quale si basavano le costruzioni dei giusnaturalisti - , ma anche (a suo modo) propriamente giuridica, vale a dire, fondata sul diritto positivo, almeno a partire dalla *Dichiarazione universale* del 1948. (Ibid., p. 16).

33. Ferrajoli, L., *Aspettative e garanzie, prima tesi di una teoria assiomatica del diritto*, in L. Lombardi Vallauri (a cura di), *Logos dell' essere, logos della norma*, Adriatica editrice, Bari 1998, p. 122.

E. Böckenförde mette in risalto anche la necessità della costituzionalizzazione dei diritti fondamentali e la loro efficacia immediata dallo stesso momento della loro integrazione nella norma fondamentale. “Se i diritti fondamentali garantiscono delimitati contenuti (assiologici) giuridico-oggettivi dell'ordinamento giuridico con rango costituzionale, la loro realizzazione non può dipendere da una configurazione infracostituzionale sufficiente dell'ordinamento giuridico privato. Lo stesso diritto fondamentale

seppur dovrebbe esistere - l'obbligo o il divieto corrispondente a causa dell'(indebita) inesistenza della norma che li prevede"<sup>34</sup>.

Perciò, cercando un'efficacia reale dei diritti fondamentali, Ferrajoli sostiene che l'evoluzione costituzionale deve articolarsi in tre sensi: verso un costituzionalismo sociale, al posto di quello liberale, fomentando i diritti positivi e collocandoli allo stesso livello dei classici diritti negativi<sup>35</sup>, verso un costituzionalismo di diritto privato, in opposizione al costituzionalismo di diritto pubblico che assorbe i diritti individuali e, infine, verso un costituzionalismo internazionale capace di generalizzare il rispetto effettivo verso i diritti fondamentali, al posto del costituzionalismo statale la cui efficacia in questo senso è molto inferiore<sup>36</sup>. Nel corso di questo capitolo approfondiremo le tecniche destinate a rendere veramente esigibile i diritti fondamentali, mettendo in risalto specialmente quelle relative ai dimenticati diritti sociali.

-----  
diviene punto di connessione per i doveri di azione o l'omissione di terzi o per i propri diritti nell'ordinamento giuridico privato o in altri ordinamenti giuridici parziali: occlusione di lacune, protezioni di valori in virtù della supremazia della Costituzione o, proprio, efficacia diretta giuridico-materiale davanti a terzi." (Böckenförde, E. W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. de Requejo Pagés, J. y Villaverde, I. Ed. Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 129).

34. Ferrajoli, L., *Aspettative e garanzie, prima tesi di una teoria assiomatica del diritto*, op. cit., p. 128.

Allo stesso modo Moreno Cruz afferma che, "la norma, nel dover essere deve contare su di una garanzia, ma nell'ambito dell'essere, con frequenza, manca di garanzie. La mancanza di garanzie non riflette l'inesistenza del diritto, ma piuttosto l'esistenza di lacune che bisogna colmare. Per questo ricorre alla soluzione di creare una figura - quella dell'aspettativa - che è allo stesso tempo normativista (dover essere) e realista (essere). L'aspettativa, a quanto pare, compie quest'obiettivo, quindi all'aspettativa negativa o positiva, a seconda del caso, corrispondono obblighi o proibizioni sul piano normativo, ma sul piano fattuale l'assenza di questa corrispondenza produce una lacuna che dovrà essere risolta (Moreno Cruz, R., *Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli*, in *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 3, 2006, p. 18).

35. Moreno Cruz, R., *Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli*, op. cit., p. 7.

36. Ferrajoli, L., *Garantias*, trad. esp. de A. de Cabo y G. Pisarello, in *Jueces para la democracia*, N° 38, 2000, pp. 39-46.

Afferma l'autore che "il paradigma della democrazia costituzionale è ancora un paradigma embrionale, che può e deve essere esteso in una triplice direzione: 1) soprattutto per garantire tutti i diritti, non solo i diritti di libertà, ma anche i diritti sociali; 2) in secondo luogo, di fronte a tutti i poteri, non solo i poteri pubblici, ma anche i poteri privati, non solo dello Stato, ma anche del mercato; 3) in terzo luogo, a tutti i livelli, non solo di Diritto statale, ma anche di Diritto internazionale." (Ferrajoli, L., *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México D.F. 2004, p. 277).

La posizione di Ferrajoli, malgrado sia generalmente definita come positivista (anche se critica) si caratterizza per un costante riferimento ai valori degni di sostenere le istituzioni giuridiche. Questa è l'opinione di Garrido Gómez quando dice che "Il garantismo di Ferrajoli supera il legalismo in senso forte, in quanto è una filosofia politica che autorizza la critica e la delegittimazione esterna delle istituzioni giuridiche, ponendo il problema di modellare le tecniche legislative e giudiziarie per l'effettività dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali (Garrido Gómez, M. I., *La relación entre los derechos fundamentales y el poder*, in *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 10, julio 2009, p. 15).

### **3. 2. I diritti fondamentali e la loro inclusione nella costituzione: possibilità di diritti costituzionali non fondamentali e clausole aperte al riconoscimento di nuovi diritti**

Data la loro importanza, la posizione dei diritti fondamentali in ogni ordinamento giuridico si trova senza dubbio nella costituzione. La grande maggioranza dei testi costituzionali li includono sotto il nome di “diritti fondamentali” o “diritti costituzionali”, riferendosi in entrambi i casi alla stessa realtà; tuttavia in alcuni ordinamenti si stabilisce una seconda categoria di diritti o principi costituzionali minori che includono valori e obiettivi così inerenti alla dignità umana come quelli della prima, e che, di conseguenza, meritano di essere considerati come diritti fondamentali, però per motivi politici, sono degradati ad un rango inferiore. Questa strategia è seguita, in casi come quello spagnolo, cercando di sottrarre a un controllo costituzionale più rigido e ristretto (riservato ai diritti espressamente riconosciuti come fondamentali), il contenuto di diritti essenzialmente sociali, e cercando così di raggiungere un punto di incontro tra i testi costituzionali che non realizzano la benché minima allusione a diritti così basilari come il lavoro o l’abitazione, e quelli che li considerano allo stesso livello del diritto alla libertà di espressione (almeno formalmente parlando).

Di conseguenza, possiamo classificare i testi costituzionali in tre gruppi: costituzioni che concedono una stessa gerarchia a tutti i diritti in essa riconosciuti, includendo i diritti sociali; costituzioni che, stabilendo una stessa categoria per tutti i suoi diritti, ignorano i diritti sociali; e costituzioni che stabiliscono varie categorie di diritti e principi, concedendo un valore e una tutela differente per ognuna.

- All’interno della prima categoria possiamo includere la Costituzione portoghese (Parte I artt. da 12 a 79, definendo tutti i diritti come diritti fondamentali); quella greca (seconda parte, artt. da 4 a 25, anche se l’art. 110 privilegia certi diritti al fine di riforma costituzionale, nel considerare che non possono eliminarsi in nessun caso) e quella italiana (parte prima, artt. da 13 a 54, oltre ai principi degli artt. 3, 4 e 8), così come quella belga (Titolo II, artt. da 8 a 32, stabilendo l’articolo 23 la necessità che i presupposti generali dello Stato vengano elaborati in modo da salvaguardarli), quella del Lussemburgo (capitolo II, artt. da 9 a 31), quella dei Paesi Bassi (artt. da 1 a 23), e quella finlandese riformata nel 2000, che raccoglie nel suo art. 19 il diritto all’assistenza per chi non può procurarsi una vita dignitosa, nel suo art. 16 il diritto all’istruzione e nel suo art. 18 il diritto al lavoro e alla formazione professionale, con il correlativo dovere dello Stato di promuovere l’impiego. Ciononostante il linguaggio impiegato nell’enunciare i diritti sociali in alcune di queste costituzioni (usando espressioni come “Lo Stato promuoverà...” invece di impiegare la parola “diritto”), l’ubicazione sistematica dei precetti, non lascia spazio a dubbi: ci troviamo di fronte a veri diritti fondamentali in tutti i casi.

- Nella seconda categoria osserviamo testi come la Costituzione svedese, che regola i suoi diritti fondamentali (artt. da 1 a 23), includendo solo il diritto all'istruzione, e non facendo nessun riferimento al resto dei diritti sociali. Lo stesso succede con la Costituzione statunitense (che osserva un assoluto silenzio) o la Costituzione tedesca (Capitolo I, artt. da 1 a 19), sebbene la sua consacrazione della dignità dell'uomo come pilastro centrale dell'ordinamento è servita affinché la Corte Costituzionale sviluppasse per via giurisprudenziale numerosi diritti sociali, (si veda BVerfGE 40, 121 (133, 134), BVerfGE 82, 60 I (85)).

- Nell'ultima classificazione possiamo trovare la Costituzione Irlandese, che distingue tra diritti fondamentali (artt. da 40 a 44) e i "principi direttivi della politica sociale" (art. 45), dove non si menziona nemmeno il diritto al lavoro come tale, ma nel quale l'impiego con remunerazione sufficiente si presenta come semplice obiettivo da perseguire da parte dello Stato. Tuttavia senza dubbio, l'esempio più caratteristico (e complesso) di questa tipologia si trova nella Costituzione spagnola. Nel Titolo Primo della nostra Costituzione, denominato "dei diritti e doveri fondamentali", si stabiliscono tre classificazioni: "diritti fondamentali e libertà pubbliche" (consacrate nella Sezione Prima del Capitolo Secondo del Titolo Primo), "diritti e doveri dei cittadini" (Sezione Seconda del Capitolo Secondo del Titolo Primo), e "principi che reggono la politica sociale ed economica" (nel Capitolo Terzo).

Nella Sezione Prima (nominalmente l'unica che consacrì veri "diritti fondamentali", anche se il Titolo Primo, dove si inglobano entrambe le Sezioni e il Capitolo Terzo, è denominato "dei diritti e doveri fondamentali"), si può solo trovare un diritto sociale: il diritto all'educazione. Nella Sezione Seconda (che raccoglie i diritti costituzionali "non fondamentali" secondo la sua intestazione) osserviamo unicamente il diritto al lavoro. E nella Sezione Terza, destinata in teoria solamente a quei principi che devono orientare l'azione del legislatore, ma senza possedere, secondo la giurisprudenza, la categoria di diritti immediatamente esigibili, troviamo il grosso di ciò che dovrebbero essere i diritti sociali (alcuni nominalmente definiti come tali, come nel caso del diritto alla casa).

La ragione di una così dettagliata classificazione si trova nell'art. 53 della Costituzione e nel suo sviluppo giurisprudenziale. Nel suo paragrafo 2, questo articolo restringe il ricorso alla tutela di fronte al Tribunale Costituzionale esclusivamente alla violazione dei diritti formalmente definiti come fondamentali (Sezione Prima del Capitolo Secondo del Titolo Primo), rimanendo la Sezione Seconda protetta solo dal ricorso ordinario di incostituzionalità e, ciò che è più grave, facendo dipendere (secondo la giurisprudenza costituzionale), la rivendicazione dei principi e i dei diritti riconosciuti nel Capitolo Terzo, dallo sviluppo degli stessi attraverso la legge. Finché il legislatore omette il suo trattamento normativo, nessuno



potrà reclamare il suo compimento ai tribunali. Una parte di coloro che formarono il potere costituente vollero così svalutare la vigenza di una categoria di diritti essenziali per la loro stessa natura, ed espressamente inclusa nella Costituzione, lasciando, però, un'ambiguità normativa (senza dubbio espressamente ricercata per facilitare il consenso), che può facilmente portarci, attraverso un'interpretazione finalistica e anche grammaticale della costituzione, ad una conclusione molto diversa: l'esigibilità dei diritti sociali del Capitolo Terzo come autentici diritti costituzionali. A questo ci dedicheremo più avanti.

C'è un ultimo elemento da considerare in ciò che è relativo alla configurazione costituzionale dei diritti: le clausole che, rimandando ai trattati, alla giurisprudenza internazionale o alla semplice legislazione (o giurisprudenza) interna, lasciano aperta la possibilità di riconoscere nuovi diritti non raccolti nella norma fondamentale. Tanto i diritti raccolti dai trattati internazionali quanto quelli interpretati dalle corti costituzionali nazionali, protette dalle clausole abilitanti, devono considerarsi inclusi in un blocco della costituzionalità e devono vincolare le leggi inferiori<sup>37</sup>. Dall'altra parte numerose costituzioni ammettono l'esistenza di diritti fondamentali che non sono scritti, ma che sono deducibili dallo spirito costituzionale<sup>38</sup>.

In Italia, quest'ultima tesi fu difesa già alcuni decenni fa da Augusto Barbera, che concepì l'art. 2 della Costituzione italiana non come clausola "riassuntiva", bensì come "norma di apertura ad altre libertà ed ad altri valori personali non espressamente tutelati dal testo

---

37. Il rimando a trattati internazionali è raccolto dalla maggioranza delle costituzioni. Valgano come esempio l'art. 10 della Costituzione italiana (con il suo riferimento generico alle norme del Diritto internazionale generalmente riconosciute), o quella spagnola (art. 10.2), così come l'art. 16.1 della Costituzione portoghese, dove si afferma che i diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione non escludono altri previsti dalle leggi e dalle norme applicabili del Diritto Internazionale. Fuori dall'ambito europeo, le disposizioni che attribuiscono un valore sostanziale alle norme internazionali, in materia di diritti umani, rappresentano un elemento caratteristico del nuovo costituzionalismo latinoamericano. Si può fare riferimento, a titolo di esempio, all'art. 46 della Costituzione guatemalteca, all'art. 46 di quella nicaraguense, all'art. 5 di quella brasiliana, all'art. 75 di quella argentina, all'art. 17 di quella ecuadoriana o all'art. 23 di quella venezuelana.

38. Così, l'art. 10 della Costituzione estone, stabilisce che i diritti enumerati nella Costituzione non precludono altri diritti e libertà che risultano coerenti con lo spirito della stessa o con la dignità umana. Analoga disposizione si trova nell'art. 22 della Costituzione venezuelana, dove si stabilisce che "L'enunciazione dei diritti e delle garanzie contenuti in questa Costituzione e negli strumenti internazionali sui diritti umani non deve intendersi come negoziazione di altri che, essendo inerenti alla persona, non figurano espressamente in essi. La mancanza di una legge regolamentare di questi diritti, non svaluta l'esercizio degli stessi", o nell'art. 13.2 della Costituzione boliviana, dove si chiarisce che "I diritti che proclama questa Costituzione non saranno intesi come negazione di altri diritti non enunciati". Allo stesso modo, la Corte Costituzionale cilena, nella sentenza Rol N° 226 del 30 ottobre del 1995, considerando 25°, ammette questa possibilità di inclusione di nuovi diritti stabilendo che: "la dottrina come la nostra Costituzione Politica riconosce l'esistenza di diritti, anche se non sono consacrati nel testo costituzionale, a meno che questa consacrazione implichi una violazione delle norme fondamentali". Inoltre, l'articolo 29 c) della Convenzione Americana dei Diritti Umani stabilisce che nessuna delle sue disposizioni può interpretarsi per "escludere altri diritti e garanzie che sono inerenti all'essere umano e che derivano dalla forma democratico-rappresentativa del governo".

costituzionale”<sup>39</sup>. Questi valori si trovano “nella costituzione materiale e nelle forze politiche, sociali e culturali che la determinano”<sup>40</sup>, e la possibilità di identificarli con ogni rigore partendo dall’analisi della costituzione e dai valori che accoglie è più che fattibile. Così, la Sentenza 561/1987 della Corte Costituzionale italiana deduce la libertà sessuale dall’art. 2, ammettendo che non solo ha una funzione “riequilibrativa” del resto dei diritti già enunciati, ma che da questi possono sorgere altre relazioni con il suo contenuto. Lo stesso legislatore italiano si è basato su questo articolo per giustificare il riconoscimento dei diritti come l’obiezione di coscienza dei militari. Questa tecnica assicura la massima espansione dei diritti fondamentali generando ambiti e manifestazioni degli stessi (che d’altra parte potrebbero essere ignorati con un’interpretazione restrittiva) nel costituzionalizzarli mentre apre il massimo grado di discrezionalità positiva all’interprete costituzionale.

Prima di concludere, dobbiamo evidenziare che, sebbene la costituzionalizzazione dei diritti è un’eccellente garanzia per la loro promozione, esistono Paesi le cui costituzioni non raccolgono determinati diritti sociali, ma i loro legislatori li applicano con il massimo impegno. Per esempio, in paesi come la Svezia, esiste una Previdenza Sociale non riconosciuta dalla costituzione, ma perfettamente sviluppata a livello di legislazione ordinaria, e il suo grado di sviluppo sociale è invidiabile<sup>41</sup>.

### 3.3. Diritti fondamentali e cittadinanza

Storicamente l’abisso esistente tra la classe dominante (associata alla nobiltà nell’Antico Regime) e il popolo è stato enorme. Dopo le rivoluzioni liberali, si confida nella cittadinanza come strumento giuridico per conseguire un’uguaglianza di base tra gli esseri umani; tuttavia, i risultati pratici sono disastrosi, in quanto le classi sociali (borghesia e proletariato) si sono affermate come nuovi ceti, sinonimi rispettivamente di opulenza e di miseria.

-----  
39. Barbera, A., *Art. 2* in Branca, G., (a cura di) *Commentario della Costituzione*, ed. Nicola Zanichelli, Bologna 1975, p. 84.

40. *Ibid.*, p. 91.

41. Johnson, D., *The impact of the Nordic Countries on EU social policy*, in AA.VV., *The European Union and the Nordic Countries*, ed. Lee Miles, 1996, pp. 186 e segg.

Anche Karl Leichsenrigh nota che “nei paesi nordici vediamo un’alta quota di spese per i servizi mentre nei paesi mediterranei questi rappresentano neanche un terzo della spesa complessiva. (Leichsenrigh, K., *La dimensione europea dell’organizzazione dei servizi sociali*, in *Diritti sociali e servizio sociale: dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, a cura di Pasquale Costanzo e Silvana Mordegli, Giuffrè, Milano 2005, p. 42).

Come esempio, nota Silvana Mordegli che l’anziano in Finlandia “o si trasferisce in una struttura residenziale, o chiede assistenza domiciliare” però non soffrirà mai l’abbandono che soffre nei paesi mediterranei. D’altra parte, “l’occupazione nel settore sociale nei paesi OCSE è collocata intorno al 15-20%, l’Italia si trova intorno all’ 8% insieme alla Spagna (si consideri che i paesi scandinavi presentano una percentuale del 30%). (Mordegli, S., *Il servizio sociale, stato e prospettive della professione*, in *Diritti sociali e servizio sociale: dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, op. cit., p. 251).

Dopo la Seconda Guerra Mondiale, si offre agli Stati una nuova opportunità di superare questa situazione. Perciò, terminata la guerra “la vera novità consiste in ciò: gli individui non furono più considerati, sul piano internazionale, solo come membri appartenenti a un gruppo, a una minoranza oppure ad altre categorie. Essi divennero oggetto di protezione in quanto individui<sup>42</sup>. Si ricercava un “nuovo giusnaturalismo” basato sulla pace e sul rispetto dei diritti umani come “punto di non ritorno”<sup>43</sup>. E questa fu la pietra angolare del neocostituzionalismo. Ciononostante la materializzazione di questo nobile ideale non è oggi completa, soprattutto se rimandiamo alla relazione tra cittadini e immigranti, ai quali vengono privati, esplicitamente e occultamente, numerosi diritti. Prieto Sanchís denuncia che “la cittadinanza, che in origine suppose una costruzione egualitaria ed omogeneizzatrice davanti al modello pluralista e di privilegi dell’Antico Regime, si mostra oggi come un elemento di esclusione e di rinnovati privilegi a favore di quelli nazionali”<sup>44</sup>.

Moreno Cruz realizza la seguente classificazione dei diritti, in base alla cittadinanza, sulla scia di quella realizzata da Ferrajoli, che a sua volta prende come riferimento la classica regolazione della materia: “1) I diritti umani sono diritti primari della persona, vale a dire, spettano a tutti gli esseri umani indipendentemente dalla loro cittadinanza e dalla loro capacità di operare. L’esempio paradigmatico è la vita. 2) I Diritti civili sono diritti secondari della persona. In questo caso si tratta di diritti che corrispondono solo alle persone con capacità di operare. Il modello è la possibilità di contrattare. 3) I diritti pubblici sono diritti primari del cittadino. Sono, cioè, diritti del cittadino indipendentemente dalla sua possibilità o incapacità di agire. L’esempio è rappresentato dai diritti sociali. 4) I diritti politici sono diritti del cittadino e sono secondari, cioè, si tratta dei diritti che si concedono esclusivamente ai cittadini e a coloro che sono capaci di operare. Il prototipo è il diritto al voto”<sup>45</sup>.

Questa gerarchizzazione dei diritti umani tra quelli il cui valore li rende meritevoli di protezione in ogni contesto e quelli che devono essere affidati solo al governo del paese del cittadino, essendo considerati meno rilevanti, si rivela inaccettabile<sup>46</sup>. Il potere politico è il

-----  
42. Casesse, A., *I diritti umani oggi*, Laterza, Bari 2005, p. 25.

43. Ibid., p. 26.

44. Prieto Sanchís, L., *Los derechos fundamentales en la época del constitucionalismo*, in AA.VV., *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, tomo 1, op. cit., p. 167.

45. Moreno Cruz, R., *Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli*, op. cit., pp. 17 e 18.

46. Bovero ritiene che “tale tesi si basa su di un errore colossale di prospettiva. Si tratta dell’errore che considera l’individuo soggetto di diritti (il problema della definizione del suo o dei suoi *status*) da un punto di vista delle istituzioni che, a partire dalle grandi rivoluzioni moderne, hanno riconosciuto diritti (fondamentali) all’individuo, e proietta la particolarità (supposta) di queste istituzioni - per esempio, il suo carattere statale-nazionale - sul soggetto dei diritti, facendo apparire come necessariamente speciale anche questi, vale a dire, come un soggetto che ha diritti finché sia vincolato ad una appartenenza specifica, finché sia un “cittadino” di quella comunità politica particolare che gli ha concesso diritti (fondamentali). Tuttavia, si tratta di una confusione evidente: anche

massimo garante del rispetto verso la dignità umana, identica nei cittadini e nei non cittadini, all'interno del proprio territorio. Di conseguenza, se assumiamo i valori propri del neocostituzionalismo, la generalizzazione di questi diritti è improrogabile. Dalla nostra prospettiva, tutti i diritti umani, includendo anche quelli di partecipazione politica, devono essere riconosciuti a qualsiasi persona che risieda in qualsiasi nazione, anche se è vero che i diritti di partecipazione politica sono intimamente legati all'appartenenza ad una comunità, in modo che non dovranno essere riconosciuti a colui che si trovi per circostanza in essa; diversamente per chi si trova in situazione regolare e con vocazione di permanenza nella stessa<sup>47</sup>. In questo senso rivendichiamo una cittadinanza dei diritti, oltre la cittadinanza formale, concessa ad ogni residente e il cui contenuto è il rispetto per i suoi diritti fondamentali. In accordo con questo criterio abbiamo impiegato in tutto questo lavoro la parola "cittadino" per riferirci alla relazione tra persona e Stato dove si trova in materia relativa a questi diritti.

E di sicuro attualmente esiste una posizione sempre più maggioritaria (nella teoria neocostituzionalistica, ma anche nel diritto positivo) che promuove la consacrazione della stragrande maggioranza dei diritti della cittadinanza a tutti gli esseri umani che abitino in un Paese, anche nel caso in cui non la posseggano, pertanto, i diritti umani e i diritti del cittadino tendono ad equipararsi. Le costituzioni danno alcune libertà "a tutti, o comunque all'individuo in quanto tale" che attendono di essere sviluppate, e sono state prodotte petizioni di organi europei come la Dichiarazione Comune del 1986 del Parlamento Europeo, che esige la rimozione degli ostacoli affinché tutti gli stranieri "possano partecipare su un piede di parità alla vita politica, culturale e sociale nell'ambito di una società pluriculturale"<sup>48</sup> e la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1992, che raccoglie una serie di diritti di partecipazione politica

-----  
se si volesse ammettere - e non pretendo in nessun modo concedere in generale - che le istituzioni dalle quali dipende (o dipese in origine) il riconoscimento e la sicurezza giuridica dei diritti fondamentali siano "particolari", come gli Stati-nazione, per questo non si seguirebbero altro che i soggetti ai quali si concedono tali diritti possano o debbano essere necessariamente ed unicamente i membri di quello Stato particolare, i suoi "cittadini." (Bovero, M., *Tutela supranacional de los derechos fundamentales y la ciudadanía*, op. cit., p. 21). Lo Stato è lo strumento al servizio dei diritti della persona, e non fonte della sua origine.

47. Senza equiparare i concetti di diritti umani e fondamentali come abbiamo fatto in quest'opera, Garrido Gómez ammette che: "Da una comprensione ampia, i diritti umani e fondamentali non fanno parte di categorie distinte e separate, al contrario la loro connessione è evidente, giacché i diritti fondamentali si identificano con la trascrizione normativa dei valori di libertà, uguaglianza, sicurezza e solidarietà, e con l'assorbimento nel piano delle pretese e aspirazioni forti delle persone situate sul piano della moralità." (Garrido Gómez, M. I., *La relación entre los derechos fundamentales y el poder*, op. cit., pp. 6-7).

Infine, pensiamo che, in relazione ai diritti, debba applicarsi in modo sincero e completo la filosofia della Sentenza 172/1999 della Corte Costituzionale italiana dove viene esteso all'apolide il dovere di effettuare il servizio militare perché partecipa ad una "comunità di diritti e doveri più ampia della cittadinanza, che accoglie e accomuna tutti, i quali, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dell'art. 2" (Ibid., p. 186).

48. De Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, vol. 1, Cedam, Padova 2004, p. 248.

(istanza, petizione, diritti di elettorato), esercitabile dallo straniero residente a livello di autonomia territoriale<sup>49</sup>.

Osserviamo a questo proposito la dottrina del Tribunale Costituzionale spagnolo (TC), che può considerarsi propenso alla generalizzazione dei diritti. Il TC, nella sua STC 107/1984 (FJ 3°), afferma l'esigenza di una completa eguaglianza tra spagnoli e stranieri rispetto a quei diritti che, secondo la Costituzione, appartengono alla persona in quanto tale e non alla persona in quanto cittadino; ciò è dovuto al fatto che sono assolutamente imprescindibili per la garanzia della dignità della persona umana. Diritti quali il diritto alla vita, all'integrità fisica e morale, all'intimità o alla libertà ideologica, spettano agli stranieri dallo stesso mandato costituzionale, e non è possibile un trattamento impari nei loro confronti in relazione agli spagnoli. All'interno di tali diritti, il Tribunale Costituzionale ha espressamente incluso anche il diritto alla tutela giudiziaria effettiva (STC 99/1985, FJ 2°), così come il diritto alla libertà individuale (STC 115/1987, FJ 1°).

Oltre a questi diritti considerati particolarmente essenziali, troviamo le "libertà pubbliche" che, al fine di stabilire le condizioni per la loro fruizione da parte degli stranieri, l'art. 13.1 della Costituzione rimanda alla decisione legislativa. Tuttavia, la Sentenza citata restringe la libertà del legislatore nel discriminare lo straniero rispetto a questi diritti<sup>50</sup>. Vale a dire, perfino in questo caso il contenuto essenziale dei diritti deve essere riconosciuto agli stranieri.

-----  
49. De Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, vol. 1, op. cit., p. 249.

50. Così, afferma la Sentenza che la "nostra Costituzione ha optato per un sistema di pieno riconoscimento del diritto di riunione, senza necessità di autorizzazione previa (art. 21.1). L'art. 13.1 della Costituzione riconosce al legislatore la possibilità di stabilire condizionamenti aggiuntivi all'esercizio dei diritti fondamentali da parte degli stranieri, però per questo deve rispettare, in ogni caso, le prescrizioni costituzionali, poiché quel precetto non può essere giudicato, permettendo che il legislatore configuri liberamente il contenuto stesso del diritto, quando questi sia già stato riconosciuto dalla Costituzione direttamente agli stranieri, ai quali si deve applicare anche il mandato contenuto nell'art. 22.4 della Costituzione. Una cosa è, infatti, autorizzare differenze di trattamento tra spagnoli e stranieri, e un'altra è intendere questa autorizzazione come una possibilità di legiferare al rispetto senza tenere conto dei mandati costituzionali".

Questa tesi è stata appoggiata da numerose dottrine. Valga come esempio, De Alba Basterrechea il quale sostiene che "la Costituzione non "consacra le libertà pubbliche degli spagnoli" se non quando li cita, sia come tali, sia come cittadini, consacrando le libertà pubbliche di tutti, spagnoli o meno, nel resto dei casi." (De Alba Basterrechea, E., *Derechos fundamentales y libertades públicas de los inmigrantes en España*, in *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N°. 14, 2006, p.156).

Allo stesso modo "Habermas ha insistito molto sul fatto che la nozione di patriottismo costituzionale debba includere una concezione di cittadinanza che non sia appesantita da nessun tipo di particolarismo, ma che segnali il valore universale dei diritti e della democrazia. E sebbene attualmente la maggior parte degli Stati costituzionali distingua tra diritti fondamentali e diritti dei propri cittadini, a scapito dei primi, si potrebbe suggerire che la crescente adesione dei Paesi del mondo ai diversi meccanismi internazionali di protezione dei diritti, indichi una tendenza - lenta e con ovvie retrocessioni - a favore di una cittadinanza cosmopolita." (Sahú Maldonado, A., *Derechos fundamentales, intereses generalizables y necesidades humanas*, in *Andamios*, Revista de investigación social, N° 8, 2008, p. 182).

Tralasciando il caso spagnolo, risalta per la sua esemplarità anche la Costituzione svedese, che nel suo esteso art. 22 consacra tutte le libertà personali proprie dello Stato di Diritto, e perfino il diritto all'educazione, per tutti gli stranieri che si trovino nel paese, stabilendo esplicitamente che nessuna legge inferiore potrà privarli di questi diritti.

D'altra parte, esistono paesi dove si stanno riconoscendo agli stranieri diritti tradizionalmente legati alla cittadinanza come il diritto al voto. Ciò avviene in Belgio in relazione alle elezioni municipali (escludendo, tuttavia, il diritto ad essere eletto), concedendo tale facoltà "ai residenti in Belgio che non siano di uno Stato membro dell'Unione Europea", e ciò nelle condizioni e secondo le modalità determinate dalla legge. Il 19 marzo del 2004 fu approvata una legge al riguardo. Si riconosce lo stesso diritto anche in Paesi come la Bolivia, la Danimarca, l'Argentina, l'Olanda, l'Italia, il Portogallo, il Regno Unito e la Svezia, permettendo in Uruguay il voto anche per qualsiasi tipo di elezione agli stranieri maggiori di 15 anni.

Per concludere, dobbiamo chiarire che i riconoscimenti segnalati non impediscono la discriminazione e l'emarginazione reali che gli immigranti soffrono nelle società occidentali. Nel punto 6 di questo capitolo analizzeremo questa situazione come uno degli effetti negativi della globalizzazione, i quali devono essere superati con i valori neocostituzionalisti.

#### **4. I diritti sociali come diritti fondamentali: dalla negazione al graduale riconoscimento**

##### **4.1. Diritti sociali: concetto, natura ed essenzialità**

La nascita dei diritti sociali è direttamente relazionata al progresso che ha presupposto la concezione dei diritti, non solo da un punto di vista negativo (assenza di attacchi o intromissioni contro beni giuridici), ma anche positivo (diritto alla realizzazione di prestazioni a favore di tali beni). Per la sua stessa natura, lo sviluppo di questo tipo di diritti dipende in gran parte dall'ampiezza che la legislazione concede agli obblighi di distribuire risorse e aiuti da parte dello Stato e, indirettamente, dei contribuenti che devono finanziarli.

Böckenförde asserisce che la teoria dei diritti fondamentali dipende dalla visione dello Stato e della costituzione che si difende, e associa quella dello Stato sociale (esponente dei diritti sociali) alla ricerca di una libertà reale al di là della libertà messa per iscritto che ha

snaturato così tanti ordinamenti<sup>51</sup>. La ricerca di una vera libertà per tutti i cittadini è stata l'obiettivo ispiratore della lotta per i diritti sociali nel corso della Storia, come metteremo in evidenza più avanti.

Osserviamo la classificazione teorica di questi diritti realizzata da Serrano Villafañe: “I diritti fondamentali sociali possono essere suddivisi secondo diversi criteri: 1) Diritti relativi al lavoro economico-sociale; 2) Diritti alla cogestione economica; 3) Diritti alla sicurezza dell'esistenza; 4) Diritti relativi allo sviluppo socioculturale dell'uomo, e 5) Diritti alla salute fisica e psichica”<sup>52</sup>. A livello di Diritto costituzionale positivo, risulta particolarmente chiara e completa la classificazione della Costituzione boliviana<sup>53</sup>.

Dall'osservazione di entrambe, si intravedono due obiettivi fondamentali: allontanare il cittadino dalla sofferenza fisica e morale, derivata dalla privazione delle risorse che per la sua stessa dignità merita, e promuovere il suo sviluppo come individuo da una prospettiva materiale, vale a dire, offrendogli i mezzi di cui ha bisogno per poter fare uso delle proprie libertà costituzionali e raggiungere così l'autorealizzazione personale e la possibilità di partecipare alla costruzione della società. Entrambi gli obiettivi dovrebbero rendere accettabili i diritti sociali perfino per più ferventi liberali, ma il loro riconoscimento (ottenuto con un minimo di rigore solo nella storia giuridica recente) si scontra con la visione del diritto, imperante fino a tappe molto attuali (e ancora oggi presente, in forma più o meno occulta), frontalmente incompatibile con alcuni diritti prestazionali così tanto ambiziosi.

---

51. L'autore distingue tra le teorie: “liberale” (dove i diritti fondamentali si riducono ai classici diritti “di libertà”); “istituzionale” (in cui i diritti fondamentali sono principi oggettivi di ordine per determinati ambiti vitali); “assiologica” (i diritti fondamentali consacrano determinati valori essenziali); “democratico funzionale” (sono frutto esclusivo della volontà popolare); e dello Stato “sociale” (che pretende una libertà reale che va oltre la finzione della libertà giuridica). (Böckenförde, E. W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. de J. L. Requejo y I. Villaverde, Nomos, Baden-Baden 1993, pp. 44 e segg.). I diritti fondamentali non solo reclamano l'astensione del legislatore, ma anche azioni positive per salvaguardarli (Ibid., pp. 114 e 115), essendo tali procedure giuridicamente esigibili dal cittadino inclusa quella relativa ai diritti sociali (Ibid. p. 128).

52. Serrano Villafañe, E., *Los derechos fundamentales en la doctrina comunista*, in *Revista de estudios políticos*, N° 216, 1977, p. 205.

53. I capitoli quinto e sesto della Costituzione raccolgono i diritti sociali riconosciuti, sviluppandoli in ogni dettaglio e specificando le facoltà che implicano, così come le garanzie previste per il loro compimento. Nella sua Sezione Prima del Capitolo Quinto (artt. 33 e 34) viene sancito il diritto all'ecologia, e nella Sezione Seconda (artt. da 35 a 45), il diritto alla salute. Nella Sezione Terza (artt. da 46 a 55) si stabilisce il diritto al lavoro. Nella Sezione Quinta vengono sanciti i diritti dell'infanzia (artt. da 58 a 61), e nella Sezione Settima (artt. da 67 a 69) i diritti degli anziani. Nella Sezione Ottava (artt. da 70 a 72) si proclamano i diritti dei disabili. Nella Sezione Decima (artt. 75 e 76), i diritti dei consumatori e degli utenti. Nella Sezione Prima del Capitolo Sesto (artt. da 77 a 90) si stabilisce il diritto all'educazione, e si dedica la Sezione Seconda (artt. da 91 a 97) all'istruzione superiore. La Sezione Terza (artt. da 98 a 102) stabilisce il rispetto per le culture indigene e per il patrimonio culturale boliviano, e la Sezione Quarta (art. 103) si riferisce allo sviluppo scientifico e tecnologico.

Il liberalismo classico parte dalla premessa che gli obblighi cittadini confluiscono nel rispetto passivo dei diritti del prossimo, ossia, nell'astensione da qualsiasi attacco contro di essi. Oltre a questi doveri, qualsiasi azione dello Stato (con la conseguente richiesta di fondi al cittadino per finanziarla), si considerava (paradossalmente) un inammissibile attacco contro la libertà. Per questo motivo, da questa prospettiva, che ancora si proietta su parte della dottrina attuale malgrado l'ovvio riconoscimento dei diritti sociali in numerose costituzioni, gli obblighi derivati dagli stessi non sarebbero "coercibili né giudicabili"<sup>54</sup>.

Tuttavia, questa teoria è già stata rifiutata da pensatori come Forsthoff, il quale riflette sulla forma in cui l'assenza di risorse porta all'annullamento dell'individuo<sup>55</sup>. Anche Luhmann afferma, con criterio, che un diritto soggettivo "non è connesso alla possibilità di difendere la propria individualità personale da parte del cittadino. Un tale diritto può essere riconosciuto anche per tutelare i propri ruoli da partecipante al processo della comunicazione sociale, all'economia o ai processi politici di formazione del potere"<sup>56</sup>. Infine, dobbiamo evidenziare che questi diritti sono pienamente presenti nella classificazione che, dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, realizza il Segretario di Stato Nordamericano Cyrus Vance, suddividendo i diritti umani in tre piani a seconda della loro importanza: 1) diritto alla vita e alla sicurezza (non essere assassinato, non essere detenuto illegalmente né torturato), 2) diritti che soddisfano le necessità fondamentali della persona umana (alimentazione, abitazione, assistenza sanitaria e lavoro) e, infine diritti civili e politici<sup>57</sup>.

L'evoluzione storica della società ha permesso un graduale progresso nel riconoscimento di questi doveri. Quindi "il sorgere e il consolidamento dei diritti sociali, con tutti i problemi e le limitazioni che si vogliano, è un aspetto proprio degli ordinamenti giuridici sviluppati, quelli

---

54. Ferrajoli, L., Prólogo al libro de Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid 2002, p. 9.

55. "L'uomo senza spazio vitale da dominare, che non possa estrarre l'acqua dal pozzo, che non possa raccogliere nel bosco la legna di cui ha bisogno per il focolare, che non possa ottenere dall'orto o dalla stalla gli alimenti necessari, vive in una situazione di notoria necessità. Per ottenere ciò che esige la sua sussistenza ha bisogno di misure organizzate e di ampi meccanismi di approvvigionamento. Dato che l'uomo senza spazio vitale da dominare direttamente non ha riserve, non è protetto di fronte alle crisi, bensì abbandonato all'assistenza nelle sue più svariate forme. Dipende da un posto di lavoro con un salario che gli permetta di ottenere almeno il minimo vitale per sé e per la sua famiglia, e se non ha lavoro ha bisogno di un aiuto in denaro." (Forsthoff, E., *Problemas constitucionales del Estado social*, in Aberndrtoh, W., Forsthoff, E., Doebling, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, p. 48).

56. Luhmann, N., *I diritti fondamentali come istituzione*, Ed. Dedalo, Bari 2000, p. 309.

57. Casesse, A., *I diritti umani oggi*, op. cit., p. 72.



che hanno accolto (almeno come ideale) il paradigma del neocostituzionalismo<sup>58</sup>, un processo che continua ad avanzare, malgrado le numerose difficoltà che affronta, iniziando dalla mancanza di operatività del legislatore nello sviluppo dei diritti sociali e un disprezzo ancora persistente da parte della dottrina e della giurisprudenza.

Quanto maggiore sia il riconoscimento del valore che ogni persona possiede, maggiori saranno anche i mezzi legali e le norme morali destinati a promuovere la sua dignità e il diritto all'uguaglianza reale che gli spetta (godere delle stesse opportunità del resto dei cittadini per sviluppare il proprio piano di vita, usando la terminologia di Nino e, soprattutto, possedere le risorse necessarie per vivere dignitosamente). Tra questi mezzi legali non potranno mancare, a parte le azioni positive dello Stato a favore dei diritti del cittadino<sup>59</sup>, le misure impositive che

---

58. Carbonell, M., *Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas*, in *Revista Estudios Constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, Año n. 6, N° 2, pp. 44-45.

Ammettendo l'imperfezione del riconoscimento attuale dei diritti sociali, Carbonell afferma che "le difficoltà di determinazione del contenuto dei diritti sociali senza dubbio esistono e senza dubbio sono un ostacolo che bisogna superare per rendere completamente normativi questi diritti, però non bisogna vedere in ciò un problema insuperabile; si può affermare che lo stesso succede con i diritti di libertà." (Ibid., p. 54).

Anche L. Hierro afferma che il fatto "che esistano diritti la cui soddisfazione non si può ottenere in forma diretta e perfetta mediante una decisione giudiziaria, non sottrae nulla alla forza dell'argomento morale che esige che tale diritto venga soddisfatto, anche se la sua soddisfazione dovesse richiedere l'attività legislativa (...), né impedisce che l'ordinamento giuridico preveda che, quando il diritto non possa essere soddisfatto in questo modo, il giudice emetta una decisione compensativa o sanzionatrice (...). Il fatto che una costituzione, o la legislazione che la sviluppa, non protegga efficacemente (anche mediante l'autorizzazione di decisioni giudiziarie riparatrici, compensatrici o sanzionatorie) il diritto all'educazione o alla salute, significa solo che in tali casi il diritto all'educazione o il diritto alla salute sono molto mal protetti" (Hierro, L. L., *Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy*, in García Manrique (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2009, pp. 195-196).

Dalla stessa prospettiva, Pezzini sostiene che quando esiste un diritto costituzionale sociale generico e il legislatore non lo sviluppa, questo non significa che tale diritto non esista "non ci autorizza (al legislatore) a modificare il contenuto della norma costituzionale negando che essa configuri un diritto soggettivo, ma, al contrario, ci impone di tenere fermi i contenuti della norma costituzionale (attribuzione di un diritto soggettivo) e di rilevare una lacuna, l'assenza di una norma la cui esistenza è richiesta, la cui produzione non è irrilevante per l'ordinamento ed anzi costituisce un comportamento dovuto (lacuna assiologica). (Pezzi, B., *La decisione sui diritti sociale*, Giuffrè, Milano 2001, p. 192). I diritti sociali non sviluppati sono "aspettative di diritti, ma ciò non significa che sia una situazione degradata, di rango inferiore al diritto soggettivo: poiché tra aspettativa e diritto vi è un nesso normativo, sul piano del diritto costituzionale, l'aspettativa è lo stesso diritto visto nel momento in cui ancora mancano delle norme che posteriormente specificano la posizione attraverso la positiva determinazione dei doveri correlati" (Ibid., p. 192). L'espressione diritti sociali condizionati può solo generare "perplexità", poiché dal momento in cui il diritto sociale è affermato nella costituzione e conseguentemente "riconosciuto di immediata applicazione, tale operazione viene direttamente compiuta dal giudice." (Ibid., p. 198).

59. La giurisprudenza del Tribunale Costituzionale spagnolo lo ammette così, quando afferma nella STC 220/2005 che "il diritto all'integrità fisica potrebbe vedersi leso non solo da azioni, ma anche da omissioni dei poteri pubblici – come nel caso di un rifiuto ingiustificato nel concedere una proroga di malattia per incapacità lavorativa –, che dovrebbero essere protette dai Tribunali, se come conseguenza di queste si producesse una lesione del diritto in modo reale ed effettivo". Allo stesso modo, la dottrina riconosce che "il giudice competente controllerà l'inadempimento da parte del legislatore, dei suoi obblighi nel legiferare su

evitino la concentrazione della ricchezza nelle mani di pochi e stabiliscano, mediante imposte, una fonte di capitale destinata ad ottenere questi fini essenziali. Stiamo parlando di una concezione onesta e impegnata dello Stato sociale e democratico di diritto che costituisce l'ideale neocostituzionalista.

Allo stesso modo Pisarello afferma che “la logica del costituzionalismo moderno continua ad esigere l'introduzione di limiti e di controlli al potere; tuttavia, non solo ai poteri pubblici, ma anche ai poteri privati, cominciando da quelli di mercato. E richiede, inoltre, la correlativa assegnazione dei diritti fondamentali, non solo civili e politici, ma anche sociali, culturali e ambientali, a tutti gli individui, cominciando dai soggetti più vulnerabili”<sup>60</sup>. Per questa ragione bisogna “combattere con forza il vecchio equivoco (...), secondo cui i diritti sociali appartengono in blocco e indistintamente al novero dei principi, ovvero, nella migliore delle ipotesi, alla categoria dei meri diritti legislativi”<sup>61</sup>.

Dall'altra parte, di fronte alla questione che i diritti sociali reclamino prestazioni positive inaccettabili da parte dello Stato, bisogna dire che questi vanno inseriti nell'ambito dei diritti prestazionali, ma non sono gli unici diritti abbracciati da questa categoria. I diritti prestazionali (che implicano un'azione statale per la loro soddisfazione) includono altri obblighi attivi dello Stato, come può essere la creazione di norme penali e strumenti coercitivi che proteggano il cittadino dal delitto, ossia, quelli denominati da Alexy “diritti di protezione”<sup>62</sup>.

-----  
determinati argomenti che la Costituzione gli impone in modo esplicito e definitivo.” (Gómez Puente, M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Mc Graw Hill, Madrid 1997, p. 97). L'autore afferma che “Tra queste materie sulle quali si deve necessariamente legiferare si inseriscono i principi che reggono la politica sociale ed economica.” (Ibid., pp. 76-84).

60. Pisarello Prados, G., *¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo?: elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, N°.5, 2006, p. 247.

61. Giubboni, S., *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Diritti sociali e servizio social: dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, a cura di Pasquale Costanzo e Silvana Mordegli, Giuffrè, Milano 2005, p. 36

Seguendo la stessa linea Carbonell afferma che “non può dirsi che esista qualcosa tale come una differenza genetica o strutturale tra i diritti sociali e i diritti di libertà (...). D'altro canto ci sono settori dei diritti sociali che implicano libertà in senso stretto, come per esempio il diritto allo sciopero o alla libertà sindacale.” (Carbonell, M., *Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozos de algunos problemas*, op. cit., p. 57).

62. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 430.

Seguendo un'identica linea Abramovich y Courtis sottolineano la garanzia della libertà di commercio o il mantenimento delle istituzioni giudiziarie (Abramovich, V., Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 23). Entrambi gli autori evidenziano la diversità delle attuazioni positive dello Stato per salvaguardare i diritti, classificandole in stabilimento di regolazione per determinate materie, regolazioni che limitino i diritti dei privati per salvaguardare i diritti (per esempio limitare i tassi di interesse) e la creazione di servizi pubblici (Ibid., pp. 33 e segg.).

I diritti prestazionali implicano tanto la distribuzione di beni materiali, quanto la produzione normativa<sup>63</sup>, interessano tutti gli ambiti d'azione dello Stato e si realizzano da quando esso esiste. Per questo, risulta insostenibile rifiutare i diritti sociali sostenendo che il potere pubblico debba limitarsi a non attaccare le libertà classiche senza realizzare condotte positive, poiché dal momento in cui c'è la polizia per le strade, stiamo fruendo di una prestazione pubblica.

D'altro canto, coloro che criticano i diritti sociali affermando che il loro controllo da parte del potere giudiziario limiti la sovranità del legislativo, cadono in una totale incoerenza, in quanto ciò succede nella protezione di qualsiasi diritto fondamentale, per la cui virtù la Corte Costituzionale annulla le decisioni del legislatore contrarie allo stesso<sup>64</sup>. Non si può affermare, d'altronde, che un diritto sociale sia più generico, indeterminato o suscettibile di manipolazione interpretativa del diritto di libertà di espressione la cui astrazione richiede né più né meno che lo stesso processo di ragionamento necessario per applicare il diritto alla casa o all'onore in ogni caso specifico<sup>65</sup>.

Quindi, affinché un cittadino scelga il proprio destino, formi il proprio pensiero, si inserisca nel governo del suo Paese, è imprescindibile che non si trovi legato a una sofferenza, un avvilitamento, un'ignoranza o un'impossibilità materiale di occuparsi di argomenti estranei al suo stesso lavoro (come succederà nel caso in cui abbia una giornata faticosa ed eccessivamente prolungata). Questi mali, di per sé, sono aberrazioni inammissibili in uno Stato civilizzato, tuttavia, bisogna evidenziare quanto radicalmente nocivi risultino per la libertà, nell'espandere i loro effetti distruttivi fino ad annullare l'esercizio dei classici diritti liberali<sup>66</sup>. Di fronte

-----  
63. "L'articolo 29 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali stabilisce che: *"Ogni individuo ha il diritto di accedere ad un servizio di collocamento gratuito"*. Ossia, il diritto pubblico soggettivo di carattere prestazionale coincide con l'obbligo dei poteri pubblici di creare un servizio gratuito di collocamento a cui potrà rivolgersi ogni individuo." (Linde Paniagua, E., *La universalización de los derechos fundamentales: ¿el sistema europeo como modelo?*, in *Revista de derecho de la Unión Europea*, N° 2, 2002, p. 62).

64. Come sostiene Pisarello, tutti i diritti "implicano un certo limite alle competenze normative del legislatore. Perché rifiutare il dogma dell'assoluta discrezionalità legislativa in un caso e mostrare tante reticenze in un altro? E se il problema è la sfiducia "democratica" nella giustizia costituzionale, perché non comportarsi con onestà e proporre la sua eliminazione invece di proporre un doppio metro a seconda del tipo di diritti coinvolti, così ingiustificato ed incoerente? (...). Senza una chiara identificazione degli obblighi e dei soggetti obbligati, i diritti mancano della linfa che nutre la loro forza rivendicativa." (Pisarello Prados, G., *Derechos fundamentales ¿Qué garantías?*, in *Jueces para la democracia*, n° 41, 2001, pp. 7-8. Si veda anche Escobar Roca, G., *Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud*, in *Revista de derecho político*, N° 71-71, 2008, pp. 121 e segg.).

65. Abramovich, V., Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 122.

66. "Si può sviluppare il principio dell'interdipendenza e dell'indivisibilità dei diritti, che fu pienamente riconosciuto dalla Dichiarazione e dal Programma di Vienna, approvato dalla Conferenza Mondiale che si realizzò in questa città nel 1993; nel punto 1.5 del suddetto documento si afferma che "Tutti i diritti sono universali, indivisibili e interdipendenti, e sono relazionati tra loro. La comunità internazionale deve trattare i diritti umani in modo globale e in maniera giusta ed equa, a livello di uguaglianza e dando a

all'immagine astratta di un uomo senza qualità i diritti sociali "formarono l'immagine di un "uomo situato" all'interno delle istituzioni e dei gruppi nei quali si integra"<sup>67</sup>.

I diritti sociali si fondano proprio su una concezione corretta della libertà. Alexy dice che "la libertà giuridica per fare o omettere qualcosa senza la possibilità effettiva (reale), cioè, senza la possibilità effettiva di eleggere tra ciò che è permesso, manca di ogni valore (...), sotto le condizioni della moderna società industriale, la libertà effettiva di un gran numero di titolari dei diritti fondamentali non trova il suo sostrato materiale in un ambito vitale dominato da essi"<sup>68</sup>. La costituzione deve perseguire tale libertà effettiva per non rimanere ridotta ad una dichiarazione vuota e ipocrita, e per questo motivo i diritti sociali devono essere accolti nel suo seno con la stessa fermezza delle libertà pubbliche, dato che i primi sono requisito indispensabile per il vero esercizio delle seconde. Come nota Mestre, l' "essenzialità" dei diritti è la finalità ultima che si propongono e non la forma in cui si mostrano nella realtà. I diritti sociali, in quanto diritti fondamentali, sintetizzano il valore dell'individuo e la sua priorità rispetto a qualsiasi istituzione media, essendo il loro obiettivo quello di favorire il protagonismo dell'individuo nella vita sociale"<sup>69</sup>.

-----  
tutti lo stesso peso." (Carbonell, M., *Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozos de algunos problemas*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año n. 6, Nº 2, Universidad de Talca, Chile 2008, p. 59).

Galletti evidenzia questa interdipendenza anche tra gli stessi diritti sociali. Afferma, quindi, che la salute si può interpretare come "assenza di malattia", cioè, come uno squilibrio interno derivato dalla malattia, e nell'opinione dell'OMS come "completo stato di benessere psicofisico, mentale e sociale" (Galletti, M., *Significati e paradossi del diritto (umano) alla salute*, in *Diritti umani: Trasformazioni e reazione*, a cura di Silvia Vida, Bononia University Press, Bologna 2008, pp. 259-260). Quest'ultima visione si riflette nella Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani dell'UNESCO che esige, non solo un accesso al servizio sanitario, ma anche la riduzione della povertà, dell'emarginazione e dell'analfabetismo, il miglioramento delle condizioni di vita e di quelle ambientali, l'accesso all'acqua e ad una adeguata nutrizione (Ibid., p. 261).

Secondo le parole di Pisarello, "da un punto di vista democratico, da parte sua, la richiesta di legittimità del potere comporta l'esistenza di meccanismi che garantiscano la rappresentatività del potere, ma anche, e soprattutto, la partecipazione diretta dei destinatari delle regole che reggono la comunità nella sua elaborazione, esecuzione e modificazione" tra i quali è essenziale il rispetto dei diritti sociali, così come li abbiamo trattati nel capitolo precedente (Pisarello Prados, G., *¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo?: elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº 5, 2006, p. 247).

67. Pérez Luño, A. E., *La concepción general de los derechos fundamentales*, in AA.VV., *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, tomo 1: *La tercera generación de derechos fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2009, p. 33.

68. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp 486-487.

69. Mestre i Mestre, R., *El fundamento de los derechos sociales (I). Derechos sociales y necesidades básicas*, in *Lecciones de derechos sociales*, coord. M.J. Añón y J. García Añón, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 115.

Quindi i diritti sociali sono diritti di "equiparazione, pareggiamento o compensazione" tra cittadini (Abramovich, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 56).

Anche Vicente Giménez sostiene che "una maniera di abordare la questione della natura dei *diritti sociali* è quella di partire dalla difesa della dignità umana come idea che tradizionalmente ha definito il nucleo concettuale e il fondamento dei diritti umani, e da qui, mostrare la necessità di completare l'attuale teoria giuridica con uno sviluppo dogmatico dei diritti sociali." (Vicente Giménez, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 28).

Di fronte a coloro che si oppongono drasticamente ad un incremento dell'attività statale e al contributo impositivo per riuscire a sconfiggere la miseria delle nostre società, adducendo che ciò suppone un'inconcepibile limitazione alle nostre libertà, bisogna ricordare che tale limitazione oggi esiste già, e in molti ambiti. Non è permesso camminare nudi per strada (anche se ciò non supporrebbe danno a terzi) e nemmeno ignorare un semaforo, anche se non ci sono auto vicine, né avere più coniugi anche se questi acconsentono. Allora, perché non limitare la libertà in uno aspetto tanto accessorio come il patrimonio (quando si possiede in quantità sufficiente per vivere dignitosamente), se con questa misura si può salvare la qualità della vita (e perfino la propria vita) di milioni di cittadini, ingiustamente discriminati dalla nascita (per essere nati nella precarietà, nella destrutturazione familiare e nella violenza) nella maggior parte dei casi?

Anzi, oggi, esistono già imposte obbligatorie per ottenere fini collettivi come la sicurezza pubblica, finanziando i corpi di polizia. Si potrebbe dire che la ragione di questi versamenti è lo stesso beneficio di ogni contribuente individuale attraverso il servizio di sicurezza pubblica che sostengono, però ciò svanisce se un cittadino chiede allo Stato di smettere di pagare la polizia in cambio di non essere protetto da questa, il suo proposito sarà rifiutato, rimanendo chiaro l'obiettivo collettivo di queste imposte.

Anche gli Stati impongono obbligazioni prestazionali ai cittadini. Così, la Costituzione spagnola, per esempio, sancisce il dovere di ogni spagnolo di difendere la propria patria in caso di guerra, anche se questo dovere violi il pacifismo di un determinato cittadino, uno dei valori più radicati nella sua anima. D'altra parte, la legge può obbligare il cittadino, in caso di disastri naturali a collaborare in lavori di riscatto o contenimento. Tutte questi limiti alla libertà, si giustificano malgrado interessano non solo qualcosa di tanto secondario come un bene materiale

-----  
Similmente afferma García Macho che "l'autonomia dell'individuo e la capacità di condurre la propria vita dipendono da tre dimensioni: quella culturale, quella economica e quella politica, e costituiscono una funzione dello Stato sociale nel conseguire la libertà individuale in condizioni di maggiore uguaglianza (...). Si tratta di una libertà che permetta, da una parte, l'instaurazione di un'autonomia privata dell'individuo, che include l'autonomia economica e morale, ossia, la capacità di poter condurre la propria vita privata e, dall'altra, l'instaurazione di un'autonomia pubblica, che ingloba l'autonomia politica e quella etico-culturale, ossia, la partecipazione nella creazione di una volontà comunitaria". Per esempio "il diritto ad una casa ha un aspetto di salvaguardia funzionale della libertà, dato che il possesso e la fruizione di un'abitazione permette al cittadino la fruizione dei diritti fondamentali di libertà come l'intimità personale e familiare o l'inviolabilità del domicilio." (García Macho, R. J., *Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad*, in *Revista catalana de dret públic*, N° 38, 2009, pp. 76-78 e 86).

Di identica opinione è Angulo Sánchez, nel segnalare "i valori universali ai quali si ispirano (i diritti fondamentali): dignità, giustizia, libertà e solidarietà", pensa che "insieme a questi valori universali risulta anche molto utile, al momento di fondare i diritti umani, comprendendo anche il diritto umano e sostenibile, il concetto di soddisfazione dei bisogni basilari e umani (l'alimentazione, la casa, la salute o l'educazione, per esempio), come condizione previa per poter fruire e rendere realtà tutti i diritti umani per tutti in maniera equa." (Angulo Sánchez, N., *El desarrollo como derecho humano*, in *Entelequia*, Revista interdisciplinar, N° 6, primavera 2008, p. 297).

bensi anche la propria persona come soggetto, che dovrà realizzare comportamenti così tanto delicati come rischiare la propria vita o contraddire i propri principi più basilari. In questo caso, perché non sarebbe giustificato un maggior controllo del patrimonio per far fronte al disastro quotidiano della povertà, le cui conseguenze sono, per certi settori della popolazione, quasi così tragiche come quelle di una guerra?<sup>70</sup>.

Non dimentichiamo il ruolo che i diritti fondamentali devono giocare come “legge del più debole”<sup>71</sup> e come via verso l’uguaglianza nella dignità e nelle opportunità tra le persone, che tanto sottolinea Ferrajoli. Senza questa finalità di protezione della libertà di tutti, iniziando da quella dei cittadini più vulnerabili, la costituzione diviene carta straccia. Inoltre a causa dell’essenziale rilevanza dei diritti sociali al momento di raggiungere questo obiettivo, la loro catalogazione come veri diritti fondamentali è giusta e necessaria, superando il “giacobinismo antisociale” imperante denunciato da Pisarello<sup>72</sup>. Questa è una delle maggiori sfide del neocostituzionalismo oggi.

#### **4.2. Il riflesso dello sviluppo storico dei diritti sociali nel diritto positivo**

Tradizionalmente, concentrandoci adesso sul diritto positivo, i diritti sociali sono stati ridotti a mere dichiarazioni carenti degli strumenti necessari per renderle effettive nella pratica. Sicuramente i diritti sociali suppongono un cambiamento realmente innovativo rispetto alla tradizione giuridica preesistente. Fino a quando, agli inizi del XX secolo, si inizia a definire e promuovere il concetto di “diritto sociale” in modo più o meno serio, i diritti si erano basati

-----  
70. Dworkin sostiene che la limitazione delle libertà non è ingiusta se il governo ha una “ragione distributiva convincente” per farlo. “Una giustificazione distributiva si basa su di una teoria dell’assegnazione giusta delle risorse e delle opportunità che sono disponibili per la comunità nel suo insieme.” (Dworkin, R., *La democrazia possibile*, Paidós, Barcelona 2007, p. 94). Dice l’autore che “se sono necessarie imposte più alte per fornire ai cittadini più poveri ciò che l’uguaglianza dà loro il diritto di avere, allora le imposte per questo fine non si possono contemplare come un’ invasione nella libertà dei ricchi perché la proprietà che si sottrae loro per questo fine non è legittimamente la loro” (Ibid, p. 130). Conforme alla sua tesi dell’assicurazione ipotetica Dworkin giustifica un sistema di imposte progressivo che corregga l’impossibilità delle persone meno avvantaggiate di assicurarsi contro le situazioni negative estranee alla loro colpa che gli possano accadere (Ibid., pp. 148 e segg.), tutto ciò partendo da una concezione dell’uguaglianza *ex ante*, cioè, da un punto di partenza uguale in quanto ad opportunità per ogni cittadino alle quali tutti hanno diritto e che in una situazione iniziale ideale permetterebbe a tutti di contrattare un’assicurazione per coprire i possibili rischi del futuro, avendo diritto all’equivalente di tale assicurazione chi non possedeva la capacità di contrattarlo. La concezione associativa della democrazia sostenuta da Dworkin non la considera indipendente dal resto della moralità politica, inclusa quella relativa ai diritti sociali. L’autore associa il rispetto per i diritti sociali alla stessa democrazia, asserendo che “abbiamo bisogno di una teoria dell’uguaglianza associativa per decidere cosa sia o cosa non sia una decisione democratica e abbiamo bisogno di ricorrere alle idee della giustizia, uguaglianza e libertà per costruire tale teoria.” (Ibid, p. 170).

71. Ferrajoli, L., *Sobre los derechos fundamentales*, in Carbonell, M., *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid 2007, p. 82.

72. Pisarello Prados, G., *Derechos fundamentales. ¿Qué garantías?*, op. cit., p. 6.

sul modello patrimonialista<sup>73</sup>, costruito per regolare le relazioni di un proprietario con altri. Il diritto aveva come funzione quella di riconoscere la proprietà del soggetto giuridico su determinati beni, e regolare tale situazione e tutto ciò che potesse derivare dalla stessa (protezione davanti al furto, transazioni, etc). Per questo motivo risultò enormemente rivoluzionario il riconoscimento di una serie di obblighi “di dare” da parte dello Stato (oltre alle classiche prestazioni di sicurezza sopracitate), che non si basavano su nessuna relazione commerciale di questi con i privati, ma sul dovere di proteggere determinati ambiti della dignità dei suoi cittadini.

Le prime allusioni ai diritti sociali si trovano nella Costituzione francese del 1793, dove vengono riconosciuti il diritto al lavoro e ad un’assistenza vitale minima. Successivamente, e senza che fosse riconosciuto come diritto nella Costituzione tedesca, Bismarck instaurerà una pionieristica Sicurezza Sociale.

Tuttavia, le prime costituzioni che consacrano i diritti sociali in modo minimamente ampio e generalizzato sono quella di Querétaro (1917), in Messico, e quella di Weimar in Germania (1919). Nella Costituzione messicana si riconobbe il diritto ad un’istruzione pubblica e gratuita e alla giornata lavorativa di otto ore. La Costituzione di Weimar comprende numerosi diritti sociali nelle sue Sezioni Seconda (vita sociale), Quarta (istruzione e scuola), e Quinta (vita economica). In questa Costituzione si riconosce il valore sociale della proprietà (artt. 151 e 152), un insieme di istituti pubblici per la formazione della gioventù (art. 143), accesso all’istruzione media e superiore per le persone senza mezzi (art. 146), ed un ampio sistema di prestazioni sociali per la salute, età, invalidità o maternità (art. 161), arrivando ad imporre, nel suo articolo 153, la necessità che “la vita economica deve essere organizzata conforme ai principi della giustizia, e in modo che assicuri un’esistenza dignitosa all’uomo, e nel caso in cui non gli si possa dare all’uomo un’occupazione adeguata, gli si assicurino i mezzi necessari per la sua sussistenza”. Tuttavia, l’assenza di tecniche per controllare l’effettiva vigenza di questi diritti nella legislazione (non erano rivendicabili davanti alla giurisdizione costituzionale), li trasformò in carta straccia.

Successivamente, la Costituzione della Seconda Repubblica spagnola (1931), supporrà un’altra esperienza pionieristica nel riconoscimento dei diritti sociali. Tale Costituzione stabilisce, nel proprio articolo 46, che “La Repubblica assicurerà ad ogni lavoratore le condizioni necessarie per un’esistenza dignitosa. La sua legislazione sociale regolerà: i casi di assicurazione di malattia, incidenti, disoccupazione, anzianità, invalidità e morte; il lavoro delle

-----  
73. Courtis, C., *Los derechos sociales en perspectiva*, in Carbonell, M., *Teoría del neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 186.

donne e dei giovani e specialmente la tutela alla maternità; la giornata lavorativa e il salario minimo e familiare; le ferie annuali remunerate, le condizioni dell'operaio spagnolo all'estero; le istituzioni di cooperazione, la relazione economico-giuridica dei fattori che costituiscono la produzione; la partecipazione degli operai alla direzione, amministrazione e benefici delle imprese, e tutto ciò che implichi la tutela dei lavoratori". Si accoglie così l'obbligo statale di sviluppare le tecniche di protezione sociale più avanzate dell'epoca fino a raggiungere un livello di risorse e prestazioni sufficiente per assicurare ad ogni lavoratore la sua dignità.

Bisogna evidenziare il riferimento ai lavoratori nella Costituzione repubblicana, dato che in principio, la costruzione dei diritti sociali si realizzò in relazione ai lavoratori, associandoli esclusivamente ad essi. Un altro esempio del ruolo centrale del lavoro nei diritti sociali è la Costituzione sovietica stalinista del 1936, che lo consacra come pilastro dello Stato e mette in relazione ad esso tutti i diritti del suo Titolo X (artt. da 119 a 121): diritto alle feste retribuite alle strutture assistenziali per i lavoratori, all'assistenza per malattia degli stessi. Tuttavia, non stabilisce garanzia alcuna per rivendicarli.

In questo modello iniziale, e attraverso diversi sistemi di contributi, il lavoratore si garantisce l'accesso a determinati servizi sociali e una pensione per il suo pensionamento. Tuttavia, ciò supponeva di lasciare abbandonati coloro che, per una ragione o un'altra (minore età, disoccupazione, disabilità, etc), non potevano accedere al mercato lavorativo. Sebbene non si possa ammettere che nessun cittadino si rifiuti di lavorare (questo sì, quando gli si offra un lavoro dignitoso), e viva dei servizi sociali, non si possono neanche escludere dall'effettivo esercizio dei diritti sociali tantissime persone che, per ragioni estranee alla loro volontà o semplicemente per non essere oggettivamente qualificate per ciò, non possano lavorare. L'essenza stessa dei diritti sociali è la loro universalità e la loro intrinseca connessione con il valore che tutti abbiamo come individui, indipendentemente da ciò che possiamo apportare per il finanziamento dei servizi sociali. Questa riduzione dei diritti sociali ai lavoratori è già stata superata, e attualmente esistono "diritti sociali primari, che sono quelli attribuiti universalmente, a prescindere dalla necessità di qualificazioni specifiche per il beneficiario-titolare, rispetto al gruppo di diritti sociali secondari, che sono basati su di un titolo specifico del titolare," derivato dal lavoro. La titolarità soggettiva dei diritti è universale nel caso dei primi ed appartiene ai lavoratori nel caso dei secondi<sup>74</sup>. Esempio di ciò è l'art. 38 della Costituzione italiana, che distingue tra prestazioni ai lavoratori e assistenza sociale a chi non lavora.

-----  
74. Pezzini, B., *La decisione sui diritti sociale*, Giuffrè, Milano 2001 p. 126.



Tornando al nostro resoconto storico, dobbiamo dire che la presenza di diritti sociali continuerà ad estendersi nel costituzionalismo nel corso del XX secolo, sebbene questa tendenza si generalizzerà a partire dalla seconda metà del secolo, dopo la fine della Guerra Mondiale. Ciononostante, oggi, esistono diverse costituzioni occidentali (ed europee) che tacciono su quasi tutti (o sulla stragrande maggioranza) dei diritti sociali, così come abbiamo avuto modo di riflettere nel punto 2.3 di questo capitolo. In questa seconda tappa, lo sviluppo dei diritti sociali sarà senza dubbio maggiore dei casi di Weimar e Querétaro, in quanto si sono moltiplicati i precetti costituzionali che consacrano sistemi educativi e sanitari universali e gratuiti, così come le prestazioni per l'anzianità o la disoccupazione. Tuttavia, malgrado la costituzionalizzazione dei diritti sociali e la loro considerazione espressa come "diritti fondamentali" in molte costituzioni, la tendenza generale è stata quella di non istituire sistemi di controllo della realizzazione effettiva di questi diritti veramente efficaci (o, quando sono esistiti formalmente, sono stati usati in modo così timido ed insufficiente da limitare la loro virtualità riformatrice), cosa che ha portato ad un carente riconoscimento pratico.

L'attuale regolazione dei diritti sociali si fonda anche in gran parte sul Diritto Internazionale e sui Trattati esistenti in questo senso. Convenzioni della OIT (Organizzazione Internazionale del Lavoro), Convenzione sullo statuto dei rifugiati, Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, Convenzione Europea dei diritti sociali, Dichiarazione Americana dei Diritti e Doveri dell'Uomo, Convenzione dei Diritti dei Bambini, grazie a questi testi e agli strumenti di controllo sulla loro applicazione si stanno ottenendo numerosi progressi nella vigenza dei diritti sociali, soprattutto in America Latina. Una pietra miliare particolarmente necessaria è stata la consacrazione della sicurezza sociale come diritto fondamentale, riconosciuto ai lavoratori e ai non lavoratori<sup>75</sup>.

D'altra parte, oggi, è in America Latina dove, almeno a livello formale si sta

74. Pezzini, B., *La decisione sui diritti sociale*, Giuffrè, Milano 2001 p. 126.

75. Il Convegno 102 della OIT del 1952 stabilisce che il contenuto minimo della Sicurezza Sociale è: assistenza medica preventiva o curativa, prestazioni monetarie di malattia, di disoccupazione, di anzianità, in caso di incidente sul lavoro e di malattia professionale, familiare, di maternità, di invalidità e di sopravvissuti (Múgica Petit, J., *La justiciabilidad del derecho a la seguridad social en el ámbito nacional y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, in *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina, del invento a la herramienta*, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006, p. 256). La SS è riconosciuta come diritto fondamentale umano nell'art. 22 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e nel 9 del PIDESC. Come dice la OIT nella sua guida di educazione operaia (Ginevra, 1995, p.6) la SS è "la protezione che la società fornisce ai suoi membri mediante una serie di misure pubbliche contro le privazioni economiche e sociali (...). La Sicurezza Sociale ha come obiettivo quello di proteggere tutti i membri della società davanti a tutte le contingenze che si verificano nel corso della vita. Per esempio, la salute, la vecchiaia, i carichi familiari, incidenti sul lavoro, invalidità, morte e disoccupazione, devono essere garantiti obbligatoriamente dallo Stato, essendo questi responsabile del loro compimento, assicurando il carattere redistributivo della ricchezza con la giustizia sociale." (Ibid., p. 258).

puntando di più per il riconoscimento dei diritti sociali come autentici diritti fondamentali, sul piano di uguaglianza con il resto dei diritti stabiliti nella costituzione, impegno che possiamo vedere nei nuovi testi costituzionali di questa zona. Come nota García Morales<sup>76</sup>, Costituzioni come quella ecuadoriana (art. 11.6) o quella boliviana (artt. 13.1 e 13.3) hanno ammesso già l'“indivisibilità, interdipendenza e uguale gerarchia di tutti diritti”, dichiarazione con la quale pretendono evidenziare l'identica rilevanza (e di conseguenza giustiziabilità) dei diritti classici e sociali. Così stabilisce esplicitamente l'art. 18 della Costituzione ecuadoriana: “I diritti e le garanzie determinati in questa Costituzione, e negli strumenti internazionali vigenti, saranno direttamente ed immediatamente applicabili da e davanti qualsiasi giudice, tribunale o autorità”.

Dall'altro lato, queste costituzioni si caratterizzano per la determinazione di nuovi diritti sociali, per la concretezza di quelli già esistenti, come si può vedere nell'art. 23.20 della Costituzione ecuadoriana: “Il diritto ad una qualità della vita che assicuri la salute, l'alimentazione e la nutrizione, l'acqua potabile, il risanamento ambientale; l'educazione, il lavoro, l'impiego, lo svago, l'abitazione, il vestiario e gli altri servizi sociali necessari”, e nell'art. 35.7 il quale dispone che “La remunerazione lavorativa sarà intoccabile, eccetto per il pagamento degli assegni per gli alimenti”<sup>77</sup>. Infine, l'attenzione con la quale i diritti sociali sono regolati in queste nuove costituzioni spicca in maniera sostanziale rispetto a quella delle Costituzioni europee (si vedano nella Costituzione ecuadoriana gli artt. da 55 a 61, relativi alla sicurezza sociale), cosa che apre le porte ad una rigorosa tutela giurisdizionale.

Per concludere, dobbiamo sottolineare il sorgere negli ultimi decenni dei diritti di terza generazione, che ha dato luogo al riconoscimento (come minimo formale) di proiezioni dei classici diritti sociali, adattate alle circostanze della modernità. Così, Carmela Salazar, distingue tra diritti sociali “vecchi” (diritto alla salute, al lavoro, alla casa), e “nuovi” (dei consumatori, dei bambini, degli anziani, etc...) che, essendo evidentemente sociali, vengono inseriti nella categoria di terza generazione<sup>78</sup>.

---

76. García Morales, A., *La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete 2009, p.15.

77. Una gran parte della dottrina latinoamericana parla già di consacrare il diritto ad un “livello minimo di benessere”. Nella pratica ciò assicurerebbe un livello di entrate (o il suo equivalente in natura, come alimenti e altri beni e servizi sociali essenziali) che permetterebbe di soddisfare le necessità basilari di tutta la popolazione. L'entrata minima deve stabilirsi in termini *per capita* ed è necessario prevedere misure istituzionali - una combinazione di versamenti, programmi di impiego, di emergenza e salario minimo - affinché arrivi a tutti, specialmente ai bambini e alle persone vulnerabili.” (Solimano, A., *Hacia nuevas políticas sociales en América Latina: crecimiento, clases medias y derechos sociales*, in *Revista de la CEPAL*, N° 7, 2005, p. 52).

78. Salazar, C., *I diritti sociali alla prova della giurisprudenza costituzionale*, in *Diritti sociali e servizio sociale*, op. cit., p. 164.

## 5. Le garanzie dei diritti fondamentali: verso nuove forme di tutela

### 5.1. Diritti fondamentali e tecniche per la loro protezione: alla ricerca della massima efficacia

Grazie al loro carattere di soggetti inseriti in uno Stato, i cittadini hanno diritto ad una serie di “capacità”<sup>79</sup> che li autorizzano a realizzare alcuni atti giuridici. Queste capacità sono intimamente legate ai diritti fondamentali, nella misura in cui possono essere lo strumento per la loro realizzazione (ad esempio, la capacità di contrarre matrimonio, in relazione al diritto al libero sviluppo della personalità).

Pertanto, la protezione di queste capacità deve essere garantita dallo Stato, in modo che il loro esercizio non intacchi l’ambito dei diritti fondamentali, ma, anzi, lo protegga. Secondo Alexy, “se di fronte allo Stato il cittadino si trova in una posizione giusfondamentale di non subordinazione, egli ha sempre di fronte allo Stato il diritto che questo non intervenga nell’ambito di non-subordinazione”<sup>80</sup> e che agisca solo per preservarlo. Tutto ciò deve poter essere richiesto da parte dei suoi beneficiari. È per questo che “si presentano come determinanti le disposizioni costituzionali in materia di tutela giurisdizionale dei diritti e anche le norme che regolano l’inizio del processo costituzionale in via incidentale”<sup>81</sup>. Secondo la terminologia di Ferrajoli, si devono autorizzare le *garanzie secondarie o giurisdizionali* che *permettano di rivendicare le garanzie primarie dalle quali derivano i diritti soggettivi di rivendicare ciò che è riconosciuto al cittadino nella costituzione*<sup>82</sup>. Questo proposito costituisce uno dei principali segni di identità del neocostituzionalismo.

79. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 228 e segg.

80. Ibid., p. 240.

Bobbio sottolinea che attualmente “il problema sempre più urgente che dobbiamo affrontare non è il problema della fondazione, ma il problema delle garanzie.” (Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid 1991, p. 64). Come riconosce lo stesso autore, i diritti hanno un’origine conflittuale, in quanto nati dallo scontro tra i cittadini che rivendicano la loro dignità e il potere che gliela nega. Secondo quanto affermato dall’autore, “la libertà civile è un effetto della lotta dei parlamentari contro i sovrani assoluti (...). I diritti non nascono tutti simultaneamente. Nascono quando devono o possono farlo. Nascono quando l’aumento del potere dell’uomo sull’uomo che segue inevitabilmente lo sviluppo tecnico, cioè, il progresso della capacità dell’uomo di dominare la natura e gli altri uomini, crea nuove strade alla libertà dell’individuo e nuovi rimedi alla sua povertà.” (Ibid., p. 18).

81. Rolla, G., *Juicio de legitimidad constitucional y tutela de los derechos fundamentales*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 3, 2005, pp. 281-282.

Il TC sostiene nella STC 18/1984 FJ6 che “esistono diritti che il cittadino ha solo di fronte ai poteri pubblici (come quelli dell’art. 24) e, d’altra parte, che la subordinazione alla Costituzione (art. 9.1) dei poteri pubblici diventa un dovere positivo di rendere effettivi tali diritti in merito alla loro vigenza nella vita sociale, dovere che coinvolge il legislatore, l’esecutivo, i giudici e i tribunali, nell’ambito delle loro rispettive funzioni.

82. Ferrajoli, L., *Epistemología jurídica y garantismo*, Distribuciones Fontamara, México 2005, p. 163.

Le posizioni, alle quali ci riferiamo, devono essere tanto definitive come *prima facie*, ammettendo il carattere dinamico dei diritti fondamentali e il fatto che, anche se nell'attualità non sono stati sviluppati pienamente, ciò non li priva della loro esigibilità. Bisogna anche tener presente l'innegabile fatto che possono scontrarsi tra di loro, cosa che richiederebbe una conciliazione adeguata attraverso la ponderazione<sup>83</sup>. Tratteremo in modo specifico i limiti dei diritti fondamentali nel paragrafo 5 di questo capitolo.

Senza negare il grandissimo valore garantistico della giurisdizione costituzionale, oggi si stanno generando nuovi metodi di tutela dei diritti fondamentali, giurisdizionali e non giurisdizionali, mentre si lavora al perfezionamento della protezione della giurisdizione costituzionale (e della giurisdizione ordinaria) allo scopo di estenderla a tutti i casi in cui un diritto fondamentale sia in pericolo, ed ottenere la massima efficacia tutelare. In questa parte della nostra tesi, studieremo tutte queste tecniche, giurisdizionali e non giurisdizionali.

Solozábal afferma che “i diritti fondamentali alla fine si proteggono per la loro importanza, ma, ovviamente, non devono la loro importanza alla loro difesa”<sup>84</sup>. Allo stesso modo, Liborio Hierro sostiene che “in qualsiasi caso, non esistono, primo, garanzie istituzionali oggettive e, secondo, diritti fondamentali assicurati in questo modo, ma esiste un diritto soggettivo alla vigenza di norme di diritto pubblico e/o di diritto privato, che sono necessarie affinché sia possibile ciò che garantisce il Diritto Costituzionale”<sup>85</sup>. Questa idea deve essere sempre presente nell'analisi dei metodi di tutela dei diritti fondamentali, poiché queste tecniche di garanzia sono conseguenze accessorie e strumentali di una realtà giuridicamente capitale: i principi basilari che sostentano l'ordinamento e che, come tali, meritano la massima protezione. Per questo, quando valorizzeremo le vie di salvaguardia dei diritti fondamentali, dobbiamo considerare, innanzitutto, cos'è ciò che proteggeranno e se realmente sono all'altezza, in quanto a rigore garantista, di un così elevato oggetto.

---

83. Alexy, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, 2002, p. 13.

84. Solozábal Echavarría, J. J., *Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales*, in *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 4, 2001, p. 112. Bisogna evidenziare l'irrinunciabile superiorità gerarchica dei diritti fondamentali sulle categorie inferiori. Come afferma Solozábal, riferendosi al nucleo del diritto fondamentale, “questo limite nucleare riguarda altre figure che non sono i diritti fondamentali, si tratta di diritti semplicemente costituzionali o categorie come la garanzia istituzionale. Si ricordi, infatti, come il Tribunale Costituzionale, nel caso del diritto semplicemente costituzionale alla giustizia gratuita, si è rivolto, senza provare a menzionare il suo contenuto essenziale, al suo contenuto non disponibile, assicurando il pagamento delle spese processuali a chi, a causa della propria situazione economica, non poteva fare causa (Solozábal Echavarría, J. J., *Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 119).

85. Hierro, L. L., *Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy*, in Alexy, R., y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2009, p. 211.

Seguendo questa filosofia, Alexy adotta un'ampia teoria per determinare il presupposto di fatto del diritto fondamentale, che vuole accogliere in questo presupposto tutti i casi in cui si intenda che il diritto può essere presente e così si garantisce la massima espansione di ogni diritto, evitando che possa essere ignorato in determinati casi da pregiudizi non argomentati che difendono la sua esclusione. Come dice l'autore, "non si deve impedire, attraverso una concezione ristretta del presupposto di fatto, che qualche caso possa trasformarsi in un caso attuale di diritto fondamentale"<sup>86</sup>.

Questa interpretazione estensiva dei diritti fondamentali costituisce la prima garanzia per la loro salvaguardia, insieme alla consacrazione di nuovi diritti derivanti da quelli già esistenti e l'ammissione di altri non specificatamente stipulati, ma "chiaramente vincolati alla dignità umana"<sup>87</sup>. A continuazione, analizzeremo le tecniche destinate a proteggere questi diritti.

### **5.1.1. Tecniche di protezione dei diritti fondamentali: una classificazione generale**

In quanto alle tecniche di protezione dei diritti fondamentali, le garanzie primarie o politiche sono la via primordiale per salvaguardarli, attraverso l'"adeguato riconoscimento costituzionale e l'opportuno sviluppo legislativo dei diritti", così come il "disegno e l'implementazione delle politiche e dei programmi destinati a renderli effettivi"<sup>88</sup>. Queste garanzie si completeranno con quelle secondarie, competenza delle giurisdizioni ordinaria e costituzionale.

Mazzarese realizza un'altra classificazione delle tecniche di protezione dei diritti fondamentali, il cui criterio è l'esistenza o meno di uno sviluppo legislativo per salvaguardare il diritto. Così, l'autrice enuncia due categorie di strumenti di garanzia che possono essere classificati in diretti ed indiretti<sup>89</sup>.

-----  
<sup>86</sup>. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 318.

<sup>87</sup>. García Morales, A., *La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, op. cit., p. 16.

Pezzini evidenzia l'utilità di questi nuovi diritti specificazione di altri più classici e generali affermando che "quando si trovano nelle disposizioni costituzionali definizioni più specifiche e circoscritte a determinati beneficiari, esse servono non a delimitare la titolarità, ma a sottrarre al legislatore la legittimità di ordinare diversamente la priorità di attuazioni in relazione ai beneficiari e darebbero alle norme l'attribuzione di caratteristiche di immediata e diretta applicabilità." (Pezzini, B., *La decisione sui diritti sociali*, Giuffrè, Milano 2001, p. 134). Come già abbiamo visto nel paragrafo 2.2 di questo capitolo, numerose costituzioni contengono clausole estensive di questa tipo.

<sup>88</sup>. García Morales, A., *La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, op. cit., p. 14.

<sup>89</sup>. Mazzarese, T., *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo, un inventario di problemi*, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 52-53.

Le vie dirette sono quelle che non comportano uno sviluppo legislativo del diritto fondamentale in norme infracostituzionali. Partono dalla pretesa dell'esigibilità diretta dei diritti fondamentali, senza la necessità di leggi inferiori che ne spieghino la configurazione. Questa esigibilità, è senza dubbio, un requisito indispensabile per la vigenza dei diritti fondamentali, dato che la validità di questi diritti non può essere lasciata al caso del suo sviluppo legislativo, in quanto ciò li priverebbe di ogni rilevanza, dato che il potere politico potrebbe annullarli con una semplice omissione<sup>90</sup>. Quindi, Mazzaresse evidenzia le seguenti tecniche di tutela nel quadro delle vie dirette:

1) Controllo del rispetto del diritto fondamentale da parte del giudice ordinario, che sia direttamente (caso degli USA, dove il giudice può rifiutarsi di applicare una legge perché la considera incostituzionale) o in modo indiretto (caso italiano, nel quale i giudici possono solo sospendere il procedimento e presentare una questione di costituzionalità alla Corte Costituzionale). Questo controllo deve includere la figura dell'incostituzionalità per omissione, (raccolta per esempio dall'art. 283 della Costituzione portoghese), che permette di obbligare il Governo ad elaborare leggi necessarie per eseguire i principi costituzionali. Analizzeremo la proiezione nel diritto positivo dell'incostituzionalità per omissione nel seguente paragrafo di questo punto.

2) Creazione di metanorme e di criteri giurisprudenziali che proteggono una giustiziabilità diretta del diritto (per esempio, l'art. 8 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, che consacra il diritto di ricorrere ai tribunali nazionali per rivendicare la tutela dei diritti fondamentali, o una giurisprudenza che, in assenza di regolazione legale, consenta il reclamo diretto di un determinato diritto). In questo senso, le nuove costituzioni latinoamericane riconoscono la vigenza diretta ed immediata dei diritti senza la necessità del suo sviluppo legislativo, in modo che il giudice conti sulla possibilità di dettare, lui stesso, le misure per soddisfare un diritto fondamentale non sviluppato.

---

90. In Spagna, per esempio, "La conseguenza di un'assenza di regolazione legislativa implica l'applicazione diretta dei diritti fondamentali in casi concreti, anche se con un contenuto ed una portata minima, limitata all'applicazione delle conseguenze costituzionali previste" da parte del TC. Tuttavia, il TC manca della potestà per imporre una regolazione generale del diritto in questione, rimanendo ridotta la sua competenza nel salvaguardare il contenuto essenziale dello stesso nel caso che gli si propone. Non succede lo stesso quando il legislatore sviluppa in maniera poco efficiente il diritto (caso di omissione relativa), nel cui caso, il TC può correggere le deficienze di tale sviluppo generale. Come segnala Villaverde "nell'omissione relativa sì che si ammette l'attuazione del TC, ma non in quella assoluta". Inoltre, come abbiamo già indicato, i diritti sociali inseriti nei "principi che reggono la politica sociale ed economica" rimangono esclusi da questa potestà, che secondo la giurisprudenza imperante si attiene agli specifici "diritti fondamentali." (Villaverde Menéndez, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid 1997 pp. 49 e segg.).

Esempio di questa tecnica sono gli art. 23 della Costituzione venezuelana, e l'art. 11.3 di quella ecuadoriana, citati da García Morales<sup>91</sup>. Inoltre, e come abbiamo menzionato sopra, il TC spagnolo realizza questa tutela diretta dei diritti fondamentali (mai quella dei “principi reggenti” già segnalati in questo capitolo) per salvaguardare il loro contenuto essenziale nei casi in cui il legislatore non abbia elaborato la legislazione di sviluppo pertinente. Valgano come esempio le STC 74/1987 (FJ 4)<sup>92</sup> e STC 184/2003 (FJ 7)<sup>93</sup>.

3) Concessione dell'azione penale allo Stato affinché persegua gli attacchi ai diritti fondamentali, anche quando non ci sia denuncia da parte dell'offeso. Si tratta di conseguire che nelle situazioni di timore o di debolezza materiale, nelle quali il cittadino non osa denunciare gli attacchi contro la sua persona, esista un'autorità politica che, da un lato, difenda una vittima che, essendo libera, denunci con ogni logica, e, dall'altro lato, protegga tutta la comunità, evitando il deterioramento della convivenza sociale come conseguenza di una relativizzazione o degradazione dei valori, sui quali si basa, a causa di questo tipo di situazioni.

Abbiamo osservato le vie di protezione diretta da una prospettiva generale, però non dobbiamo dimenticare la particolare necessità di creare garanzie specificatamente destinate ad evitare qualsiasi attacco da parte dei poteri pubblici contro i diritti fondamentali. Guastini prevede tre garanzie dei diritti fondamentali di fronte al potere legislativo nella Costituzione italiana: rigidità costituzionale, controllo della costituzionalità della Corte e referendum popolare abrogativo delle leggi alle quali ci siamo riferiti precedentemente<sup>94</sup>. Tuttavia, l'esclusione del controllo della costituzionalità de “gli atti normativi del governo e in particolare i regolamenti dell'esecutivo” e i “contratti collettivi de lavoro”, ossia, “l'esclusione del controllo di costituzionalità delle fonti secondarie e terziarie” dell'ordinamento, non potendo

---

91. García Morales, A., *La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, op. cit., p.17.

92. Dice il Tribunale: “Conseguenza di quanto esposto è che il diritto di ogni persona, straniera o spagnola, che sconosca il castigliano, di usare un interprete nelle sue dichiarazioni davanti alla Polizia, deriva, come si è detto, direttamente dalla Costituzione e non esige per il suo esercizio una configurazione legislativa, anche se questa può essere conveniente per una sua maggiore efficacia”.

93. Afferma il TC che “anche se abbiamo dichiarato in numerose occasioni che non è compito di questo Tribunale definire positivamente quali siano i possibili modi di adattamento costituzionale, anche se fosse provvisoriamente, fino a quando il necessario intervento del legislatore si produce, sì che gli spetterebbe supplire alle insufficienze indicate, ciò va facendo in materia di intercettazioni telefoniche, come abbiamo già detto, dall'unificazione e dal consolidamento della sua dottrina la STC 49/1999, nei termini che segnaleremo nel fondamento giuridico 9, dottrina che è applicabile ai terzi e vincola tutti gli organi della giurisdizione ordinaria”.

94. Guastini, R., *La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año n° 1, N° 1, 1993, pp. 241 e segg.

essere dichiarati incostituzionali un regolamento o un accordo collettivo<sup>95</sup>, suppone un duro colpo alla tutela dei diritti fondamentali in relazione ad altri testi costituzionali, che includono queste norme nell'oggetto di controllo di costituzionalità.

Similmente, e nello stesso senso, l'autore evidenzia come limite, la subordinazione dell'esecutivo al quadro legale imposto dal legislativo, e il fatto che le norme che regolano diritti e libertà debbano avere condizione di legge<sup>96</sup>. Allo stesso tempo, un'altra "garanzia è la cosiddetta riserva di giurisdizione, in virtù della quale certi atti del potere esecutivo, che possono pregiudicare determinati diritti di libertà, sono ammessi solo a condizione che siano autorizzati previamente da un atto motivato di un organo giurisdizionale. Questa garanzia, d'altra parte, non si estende a tutte le libertà costituzionali, ma protegge solo alcune di esse: la libertà personale (*habeas corpus*), la libertà di domicilio, la libertà e il segreto nella corrispondenza, la libertà di stampa (artt. 13, 14, 15, 21 della Costituzione italiana)"<sup>97</sup>. Infine, Guastini focalizza l'attenzione specialmente sui problemi nel controllo del potere giudiziario, domandandosi chi vigila il guardiano. Di questo aspetto parleremo nell'ultimo capitolo di questo opera.

Concluse le vie dirette, passiamo a quelle indirette. Le vie indirette consistono nella legislazione infracostituzionale sui diritti fondamentali, stabilendo norme inferiori che li definiscano delimitando il contenuto. Questa legislazione intende creare un filtro che sostituisca l'enunciazione generale ed astratta del diritto fondamentale nella costituzione con una delle multiple opzioni interpretative alle quali questa può dar luogo. Queste garanzie sono state tradizionalmente svalutate perché associate alla discrezionalità del legislatore; tuttavia, la dottrina dell'omissione incostituzionale, (che tratteremo nel punto 4.2.2), ha obbligato gradualmente numerosi Stati a sviluppare tali garanzie invece di astenersi davanti al non compimento della costituzione, che supponeva la sua passività.

---

95. Almirante, C., *Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Diritti di libertà e diritti sociali*, Ed. Jovene, Napoli 1999, pp. 250-251.

96. "Tuttavia, bisogna segnalare che nel nostro ordinamento costituzionale la garanzia della riserva di legge rimane gravemente indebolita in virtù di due dottrine elaborate dalla dogmatica e dalla giurisprudenza. Da un lato i giuristi hanno teorizzato che mediante determinati atti, ai quali la Costituzione attribuisce la stessa "forza" della legge (decreti-legge e decreti legislativi delegati), il governo è autorizzato a regolare anche le materie riservate alla legge. Dall'altro i giuristi hanno introdotto la distinzione tra due tipi di riserva di legge: in certe materie (per esempio, in materia penale, art. 25, II), esiste una riserva "assoluta" e pertanto in tali materie qualsiasi regolamento dell'esecutivo è, inizialmente, illegittimo; pero, in altre materie (per esempio in materia tributaria, art. 23), esiste una riserva solamente "relativa", e pertanto in queste materie il potere legislativo può limitarsi a stabilire i principi fondamentali, autorizzando il potere regolamentare dell'esecutivo a completare la regolazione del legislatore con norme di dettaglio." (Ibid., p. 246).

97. Ibid., p. 247.



### 5.1.2. La protezione dei diritti fondamentali e la realtà pratica

Oltre il generalizzato riconoscimento formale della tutela giudiziale effettiva, vale a dire, all'accesso ai tribunali per rivendicare e fare valere i diritti e gli interessi legittimi che siano stati violati, il Diritto Costituzionale deve affrontare l'indispensabile dovere di fissare i mezzi necessari per dare loro un autentico e completo significato nella realtà pratica. Non c'è dubbio che, quando parliamo di tale tutela, siamo di fronte ad un diritto fondamentale, poiché risulta così essenziale per il cittadino che, senza tale diritto, sarebbe incapace di servirsi in forma effettiva del resto dei suoi diritti basilari di fronte allo Stato e al resto degli individui. Certamente è un diritto strumentale, ma allo stesso tempo, vitale. Il "garantismo" che sosteniamo "è il principale aspetto funzionale di questa formazione moderna specifica che è lo Stato di Diritto"<sup>98</sup>. Allo stesso modo che il resto dei diritti fondamentali, i diritti-garanzie procedurali hanno una esigenza di attuazione per lo Stato, poiché sono diritti "che per esistere, la loro creazione ha bisogno di azioni positive"<sup>99</sup>.

È vero che, come segnala il Tribunale Costituzionale spagnolo, "il diritto alla tutela giudiziale, riconosciuto dall'art. 24.1 della Costituzione spagnola, implica il diritto ad ottenere una risoluzione fondata sul Diritto in relazione alla pretesa formulata davanti al Giudice competente, il quale deve usare in maniera motivata le norme giuridiche applicabili e risolvere ragionevolmente la questione che ha di fronte a sé, ma l'art. 24.1 della Costituzione spagnola non garantisce il successo dell'organo giudiziale in merito alla soluzione del caso concreto" (STC 55/1993, FJ 5)<sup>100</sup>. Tuttavia, il dovere statale di usare tutti i mezzi affinché si raggiunga la risoluzione menzionata, in condizioni di scrupolosità ed efficacia (requisito imprescindibile affinché le possibilità di questo successo siano maggiori) è innegabile, come anche lo è il fatto che in queste condizioni le possibilità di successo aumenteranno, limitando la discrezionalità di colui che giudica, massimizzando la diffusione del procedimento e garantendo il diritto alla difesa.

Allo stesso modo, il ricorso alla corte costituzionale contro le decisioni dei tribunali inferiori che potessero risultare contrarie ai diritti fondamentali, è una garanzia vitale<sup>101</sup>. Per

-----  
98. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995, p. 855.

99. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 462.

100. Nello stesso senso, Rawls dice che "anche quando si obbedisca attentamente al diritto conducendo il procedimento con equità e correttezza, si può arrivare a un risultato erroneo." (Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 90).

101. Botero afferma, riferendosi al Diritto colombiano, che "sono i giudici ordinari quelli chiamati a proteggere e promuovere la vigenza dei diritti fondamentali nel processo giudiziale. Tuttavia, quando tutto fallisce, l'ultimo rimedio è ricorrere alla giurisdizione costituzionale, in questo caso, attraverso l'azione di tutela" (Botero, C., *El control de constitucionalidad de las sentencias en Colombia*, in AA.VV., *La protección judicial de los derechos fundamentales en Brasil, Colombia y España*, Pajares

raggiungere la sua massima efficienza si richiede il rispetto all'uguaglianza tra i cittadini al momento di ottenere una tutela giudiziale reale e sufficiente. Quest'uguaglianza deve reggere tanto i conflitti tra gli individui come i conflitti tra cittadino e Stato per la violazione di diritti fondamentali, inclusi quelli che si esercitano collettivamente o si associano alla collettività come tale e non ad ogni individuo.

Deve essere chiaro che una restrizione, ad esempio, nella libertà di associazione, può essere denunciata da qualsiasi individuo e non solo da persone giuridiche, perché sebbene riguarda un diritto esercitato collettivamente, questo non ostacola la sua appartenenza ad ogni cittadino e, di conseguenza, questi può rivendicarlo per conto suo. "Prendere seriamente i diritti fondamentali come diritti degli individui esclude totalmente ogni argomentazione"<sup>102</sup>. In questo senso, il mondo occidentale non deve rimanere indifferente di fronte ai progressi che, a tale scopo, si fanno in continenti come quello africano, in cui i bisogni materiali sono evidenti, ma la volontà di dare voce al cittadino di fronte al tribunale può superare in alcune circostanze la nostra. È il caso della Repubblica Sudafricana in cui ogni individuo ha diritto a denunciare davanti alla Corte l'incostituzionalità di una legge<sup>103</sup>.

Come abbiamo detto, l'uguaglianza davanti alla legge non può essere concepita nella forma vuota e fallace che caratterizza la sua accettazione formale e astratta, vale a dire, la sua concezione come la possibilità di qualsiasi cittadino di rivendicare davanti ai tribunali una tutela giudiziale, che si realizzerà in un processo in cui la posizione del querelante sarà molto differente, a seconda della propria disponibilità economica e del potere del querelato. I diritti di partecipazione e di difesa nel processo si devono configurare in modo tale che ogni cittadino possa ricorrere a richiedere la tutela dei propri diritti sul piano di uguaglianza processuale (e questo include un'identica capacità di far sentire la propria voce) come lo Stato o il potere fattuale contro cui reclama. Le garanzie che abbiamo menzionato in relazione alla giurisdizione costituzionale sono estendibili anche alla giurisdizione ordinaria.

-----  
Montoro, E., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 198). L'autrice affronta la regolazione di questa tutela nel Diritto colombiano nella pagina 143 e nelle seguenti dell'opera.

102. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 481.

103. "Si conferisce legittimazione ai governati per richiedere l'incostituzionalità di leggi, di fronte ai tribunali ordinari, e, a seconda del caso, davanti la giurisdizione costituzionale; l'interpretazione definitiva corrisponde alla Corte Costituzionale; l'accesso ad essa nelle cause dei governati è sostenuta nella sezione 167.a.b., si conferisce all'accesso diretto un margine di discrezionalità (*certiorari*) per la sua ammissione, vale a dire, considerare un *interest of justice*, senza il quale sarà impossibile procedere all'azione costituzionale individuale." (García Morelos, G., *La Corte Constitucional de Sudáfrica y los derechos fundamentales*, in *Revista iberoamericana de Derecho procesal constitucional*, N° 8, 2007, p. 184).

Per concludere, dobbiamo indicare che, attualmente, costituiscono un importante complemento nella salvaguardia dei diritti fondamentali i Tribunali Internazionali, creati a tale scopo, frutto di convenzioni o trattati. La rilevanza dei loro giudizi è, senza dubbio, considerevole dato che vincolano gli Stati che hanno deciso di farne parte. Analizziamo i principali esponenti di questi organi internazionali.

L'Europa possiede la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (incaricata di far rispettare il Diritto comunitario), e la Corte Europea dei Diritti Umani (guardiana della Convenzione Europea dei Diritti Umani). Entrambi questi tribunali si limitano ad applicare i trattati dell'Unione e a delucidare in merito a controversie successe al di fuori dei nostri confini (poiché le violazioni dei diritti fondamentali verificatesi al di fuori dell'ambito nazionale degli Stati europei vanno oltre la loro competenza) ed, inoltre, con effetti non molto rilevanti nemmeno in quest'ultimo caso<sup>104</sup>. Approfondiremo le analisi della Corte Europea dei Diritti Umani nel paragrafo 4.2.2 di questo capitolo. D'altronde, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si apre la porta al fatto che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee protegga i diritti consacrati nella Carta Europea dei Diritti Fondamentali all'interno dell'ambito del Diritto comunitario. Nei prossimi anni, potremmo vedere fino a che punto arriverà il loro impegno.

Nell'ambito latinoamericano, la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha contribuito con la propria giurisprudenza a migliorare il rispetto dei diritti fondamentali in tutto il continente, essendo le sue decisioni fonte diretta di obblighi per gli Stati, così come criterio determinante per la giurisprudenza interna degli stessi. Come detta l'art. 63.1 del Patto di San José “quando si

-----  
104. Nel caso della Corte Europea dei Diritti Umani “al margine della dichiarazione di obbligatorietà (delle sue sentenze) secondo l'art. 45 della Convenzione, nota è la sentenza che non possiede forza esecutiva in Spagna, ma, in principio, puramente dichiarativa del diritto violato. Per meglio dire, le risoluzioni del Tribunale non possono dichiarare la nullità dell'atto o risoluzione lesiva né esercitare nessun tipo di condanna per il quale si diriga un determinato mandato di attuazione destinato allo Stato, eccetto la condanna al pagamento di un risarcimento: vale a dire, una formula compensatoria e sostitutiva - propria dei trattati di arbitraggio e conciliazione - configurata come decisione sussidiaria, della riparazione *in natura* (Álvarez Conde, E., Tur Ausina, R., *Los derechos en el constitucionalismo: Tipología y tutela “multilevel”*, in *Teoría y realidad constitucional*, N° 20, 2007, p. 250).

Nello stesso senso, Antonio Casesse evidenzia che l'art. 46.1 della Convenzione si limita ad ordinare allo Stato che si osservi la Sentenza, e l'art. 46.2 garantisce una totale soddisfazione per il danno in forma di risarcimento. Se c'è buona volontà, lo Stato adempirà modificando la legge illecita, ma “se invece uno stato fa orecchie da mercante, potrà limitarsi a pagare il risarcimento imposto dalla Corte europea, se sarà stato imposto, senza adottare nessun'altra misura interna destinata a rimuovere la causa della violazione” (Casse, A., *I diritti umani oggi*, Laterza, Bari 2005, p. 132). Inoltre, “solo raramente la Corte ha anche indicato, e sempre in termini generali, le misure da adottare per rimuovere le ragioni della violazione accertata” (Ibid., p. 133). Di fronte a ciò, l'autore propone che si riformi la legge affinché le sentenze della Corte Europea dei Diritti Umani producano “effetti interni immediati e diretti”, che obblighino gli Stati a cambiare il loro diritto contrario al Convenzione (Ibid., p. 134), ma prima di tutto e con l'attuale normativa si può migliorare la diffusione delle sentenze affinché arrivino al gran pubblico e adottare sanzioni come il fatto che il Comitato dei Ministri si occupi di informare l'opinione pubblica europea delle maggiori violazioni dei diritti umani degli Stati (Ibid., p. 136), e se non reagiscono, minacciarli di sospensione nella partecipazione agli organi principali del Consiglio d'Europa (Ibid., p. 137).

stabilirà che c'è stata violazione di un diritto o libertà protetti in questa Convenzione, la Corte disporrà che si difenda la parte lesa nell'esercizio del suo diritto o libertà violati". Allo stesso modo, disporrà, se fosse necessario, che si ponga rimedio alle conseguenze della misura o situazione che ha configurato la violazione di questi diritti e il pagamento di un giusto risarcimento alla parte lesa". Per ricorrere alla Corte, il cittadino (o gruppi di cittadini, ONG, ecc.) deve sottoporre la sua causa alla Commissione (formata da sette esperti nominati in accordo agli art. 34 e segg.), in conformità al procedimento dell'art. 48 del Patto.

Un esempio particolarmente chiaro dell'importanza di questo Tribunale è la recente Sentenza del 24 novembre del 2009, "Caso del Massacro de Las Dos Erres vs. Guatemala", nella quale il Tribunale ordina allo Stato del Guatemala misure così contundenti e dettagliate come "indagare, senza perdere altro tempo, in forma seria ed effettiva sui fatti che originarono le violazioni dichiarate nella presente Sentenza, con il proposito di giudicare ed, eventualmente, sanzionare i presunti responsabili, nei termini dei paragrafi da 231 a 236 di questo Verdetto (...), procedere all'esumazione, identificazione e consegna dei resti delle persone morte nel massacro di "Las Dos Erres" ai rispettivi familiari, nei termini dei paragrafi da 244 a 249 della presente Sentenza, (...) iniziare le azioni disciplinari, amministrative o penali che siano pertinenti, in accordo alla loro legislazione interna, contro le autorità dello Stato che possano aver commesso e ostacolato l'indagine sui fatti, nei termini del paragrafo 233.d) della presente Sentenza". Analizzeremo approfonditamente il lavoro della Corte nel punto 4.2.2 di questo capitolo.

Tuttavia, oltre agli organi regionali, le tecniche di salvaguardia sovranazionale perdono d'efficacia e rigore. Questo è il caso dell'ONU, in cui l'avanzamento nella protezione dei diritti riconosciuti nelle proprie dichiarazioni si presenta come un tentativo timido ed insufficiente<sup>105</sup>.

---

105. In tal senso, Gómez de Liaño afferma che "il problema principale del sistema delle Nazioni Unite è stato, ed in un certo modo continua ad essere, la protezione giurisdizionale. Aveva riconosciuto dei diritti, ma mancava stabilire quali organi dovevano proteggere i diritti e le libertà fondamentali proclamate. A tale scopo, si sono creati, da un lato, otto Comitati di Esperti indipendenti e, dall'altro, il Consiglio Europeo dei Diritti Umani, che sostituisce dall'anno 2006 la Commissione dei Diritti Umani. Tanto i Comitati, come il Consiglio portano a termine una supervisione, una vigilanza del livello di compimento dei Testi Internazionali da parte degli Stati, che sfocia nelle Raccomandazioni senza nessuna forza vincolante, anche se con una dimensione coercitiva innegabile, poiché l'insieme della comunità internazionale acquisisce conoscenza piena sulla situazione dei diritti fondamentali in un territorio" (Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea* (REDUE), N° 15, 2008, p. 213).

Infine, nonostante ci siamo concentrati così profusamente sull'ambito giurisdizionale, dobbiamo dire che esistono altre tecniche di difesa estranee allo stesso, come la figura dell'Ombudsman o difensore del popolo, e altre che si concentrano principalmente nell'ambito dei diritti sociali.

## **5.2 Analisi particolare dello sviluppo delle tecniche di protezione dei diritti sociali**

### **5.2.1. Garanzie sociali e istituzionali**

Abbiamo analizzato diverse tecniche di difesa dei diritti fondamentali, segnalando le strade che permetterebbero un perfezionamento della loro tutela. Tuttavia la peculiarità dei diritti sociali, che deriva dalle loro circostanze storiche (a partire dalla tradizionale emarginazione e dall'inefficacia pratica), ma anche dalla loro stessa natura, li rende oggetto di garanzie specifiche e, in parte, diverse da quelle del resto dei diritti, che risultano imprescindibili per la loro totale efficacia. Abbiamo affermato che i diritti sociali non sono gli unici diritti sociali prestazionali esistenti, ma senza dubbio l'elemento prestazionale è presente nella loro struttura più che in altre categorie di diritti. D'altra parte, i diritti sociali richiedono, per essere rispettati, imponenti mezzi economici dato che gli scarsi mezzi di sostentamento di un pensionato sopporranno quelli di altri innumerevoli pensionati e il modello di reclamo individuale di fronte ad un tribunale, i cui effetti non sono estendibili, non risulta pertanto efficace. Allo stesso modo, i diritti sociali esigono politiche che si prolungano nel tempo, piani complessi e gradualisti che devono essere controllati periodicamente per assicurare il loro corretto sviluppo. Alla luce di tutto ciò, le forme di garanzia di questi diritti richiedono delle peculiarità che analizzeremo qui di seguito.

Courtis<sup>106</sup> affronta il problema di come garantire l'effettivo esercizio dei diritti sociali e stabilisce due tipi fondamentali di garanzie: garanzie di carattere sociale (nelle quali lo strumento di garanzia è affidato al titolare del diritto, sia esso individuale o collettivo) e garanzie istituzionali (che conferiscono la protezione del diritto a un potere pubblico, politico o giudiziario). È necessario sottolineare che il potere pubblico non sempre sarà quello giudiziario<sup>107</sup>, ma che le garanzie potranno estendersi all'ambito amministrativo, sebbene, come è evidente, l'ultima istanza di protezione spetterà ai giudici.

-----  
106. Courtis, C., *Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social*, in *Teoría del neoconstitucionalismo*, Miguel Carbonell, op. cit., pp. 196 e segg. Al fine di legislazione si veda anche Ferrer Macgregor, E., Carbonell, M., *Compendio de derechos humanos*, Porrúa, México 2004, che abbiamo usato ripetutamente per consultare la normativa.

107. Si devono intendere come "giudici" non solo gli organi giurisdizionali comuni (vale a dire, giudici ordinari e speciali), ma anche quelle autorità che, nonostante non siano incluse all'interno dell'ordine giudiziario, realizzano un lavoro oggettivamente

Le garanzie sociali sono intimamente legate ai diritti civili e politici, poiché, attraverso il loro esercizio, il popolo e i diversi agenti sociali e politici interessati alla loro difesa, possono incidere sulla configurazione e sullo sviluppo dei diritti sociali. Negli ultimi tempi, sono stati approfonditi i meccanismi di democrazia partecipativa (referendum, iniziative legislative popolari, ecc.), che permettono alla cittadinanza di esprimere la propria volontà su determinati argomenti di particolare importanza, senza dover ricorrere agli intermediari abituali che sono i legislatori, vale a dire, potendo esprimere le loro preferenze in modo diretto attraverso il voto ed ottenendo, in caso di un referendum vincolante, che queste preferenze si tramutino in legge. Si è anche diffuso il diritto a partecipare alle udienze pubbliche preliminari nel caso di decisioni politiche da prendere e alla formulazione del bilancio (il cosiddetto bilancio partecipativo). Allo stesso modo, in America Latina varie organizzazioni di consumatori sono riuscite a negoziare durante delle udienze pubbliche il prezzo di servizi basilari come luce e acqua<sup>108</sup>.

Tali tecniche, analizzate nel capitolo 3 di questo lavoro, sono particolarmente utili nell'ambito dei diritti sociali, dimenticati e disprezzati dalla classe politica, ma di necessità primaria per il popolo. L'indispensabile complemento per il loro perfetto funzionamento è il diritto di accesso all'informazione pubblica, specialmente a quella relativa all'uso che si fa del denaro pubblico o alle alternative al momento di trovare soluzioni ad un diritto sociale. Questa informazione è di grande importanza per esercitare il diritto alla tutela giudiziaria in materia di diritti sociali, poiché permette di presentare al tribunale l'effettivo stato delle cose, data "l'impossibilità di conoscere il contenuto esatto dell'obbligo statale senza conoscere prima lo stato di soddisfazione di un diritto sociale"<sup>109</sup>.

Un altro potente strumento, anche particolarmente polemico, è rappresentato dai meccanismi di autotutela. Diritto allo sciopero, il boicottaggio di determinati prodotti per motivi di prezzo o come protesta di fronte all'atteggiamento poco etico dell'azienda produttrice,

-----  
giurisdizionale. D'altra parte, il termine "giudizio" comprende tutti e ognuno dei procedimenti contenziosi realizzati dal giudice, sempre e quando abbiano carattere decisionale (Rolla, G., *Juicio de legitimidad constitucional y tutela de los derechos fundamentales*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 3, 2005, p. 282).

108. Abramovich, V., *La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales*, in *Derechos económicos, sociales y culturales en américa latina, del invento a la herramienta*, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006, p. 158.

109. Abramovich, V., Curtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 235. Questa informazione è stata essenziale nella domanda presentata dai beduini del Neghev dovuta al trattamento discriminatorio che ricevevano in relazione al diritto alla salute dei loro figli. I richiedenti portarono come dati l'altissimo tasso di mortalità infantile nella loro zona e l'irrazionale mancanza di un centro di assistenza infantile rispetto alle zone vicine, cosa che fece condannare il governo (Ibid., p. 173). Inoltre, la mancanza di informazione ha portato all'annullamento di consultazioni a comunità indigene per non aver fornito in anticipo i dati rilevanti (questo accadde nella Sentenza SU-39, del 1997, della Corte Costituzionale colombiana), (Ibid. pp. 238-239).

l'occupazione di terreni o di abitazioni vuote, etc. In questo caso, il cittadino è protagonista senza la necessità di dover ricorrere a nessun procedimento previsto dallo Stato. Questo tipo di azioni, già analizzate nell'ambito della disobbedienza civile (capitolo 2 di questa tesi), sono criticate da determinati settori politici e dottrinali che basano la loro critica sulla violazione della legge che possono implicare in alcuni casi. Anche se molto più grave che violare la legge è trasgredire costantemente la costituzione, negando ad ampi settori della cittadinanza la loro dignità basilare e, come abbiamo già menzionato, in questo contesto, la disobbedienza civile diventa una risposta legittima, tutto questo partendo dalla base che alcuni di questi meccanismi devono essere attuati solo quando i casi siano realmente motivati (privazione effettiva e reale di un diritto sociale).

Perfino l'occupazione di terreni da parte di contadini e di abitazioni da parte di persone sfrattate è una eventualità protetta non solo dal diritto morale alla disobbedienza civile, ma anche dallo stato positivizzato di necessità giustificante. Se il cittadino viene privato di un diritto così basilare come la casa e non ha altra alternativa per renderlo effettivo che quella di occupare una casa inutilizzata, è evidente che la sua condotta è legittima e legale, dato che la possibile violazione di un diritto di proprietà, discutibile in merito alla sua giustizia, è pienamente giustificata dal sacrosanto diritto all'abitazione, intimamente legato alla dignità umana, per la cui salvaguardia si attua l'occupazione come unica opzione possibile per non essere vulnerato. Inoltre, questi strumenti sono, in molti casi, l'unica arma che hanno gli emarginati per mostrare alla società la loro situazione. Negli ultimi tempi, la giurisprudenza argentina ha seguito questa tesi non solo proteggendo le persone senza tetto, ma esigendo anche che lo Stato compia il proprio dovere di dare loro un'abitazione dignitosa<sup>110</sup>.

-----  
110. Così, nel C/n° 40.742 "Capristo, Cristina s/ archiviazione", Tribunale Criminale e Correzionale nr. 5 della Capitale Federale Buenos Aires, Rta 18 dicembre 2007. La Camera Federale argentina riconosce che "crediamo che sia chiaro che l'occupazione di una casa precaria a lato dei binari sui quali transitano stabilmente dei treni, dimostra lo stato di emergenza dove il minimo riparo del quale è creditore ogni abitante di questo suolo sembrerebbe essere assente (conf. c/n° 40.420, "Robles, Norma s/ Competenza", rta. il 12/4/07, Reg. 286) e, in questo senso, risulta al limite del perverso esigere che si assicuri che chi occupava la proprietà lo faceva in una situazione di necessità giustificata o senza colpa".

Nel caso "Commissione Municipale dell'abitazione contro Giannelli, Alberto Luis e altri in merito allo sgombero", Exp. 973/0 (12/09/2002) il Tribunale nel Contenzioso Amministrativo e Tributario della Città Autonoma di Buenos Aires n. 3 (segreteria n. 5), impone al Potere Esecutivo della Città Autonoma di Buenos Aires il blocco dello sgombero di una abitazione ad una famiglia con scarse risorse economiche, e composta da minori, fino a quando non fornirà a tale famiglia gli aiuti necessari per risolvere la sua situazione di emergenza abitativa.

Il caso "Bermejo", Tribunale Nazionale Criminale e Correzionale Federale n.11, aprile 2004, è un processo di usurpazione promosso dall'Organismo Nazionale dell'Amministrazione dei Beni dello Stato contro 60 famiglie che vivevano nell'insediamento irregolare Bermejo. Il tribunale afferma che tale pretesa svantaggia i cittadini che vivono in povertà fino a non avere un luogo in cui vivere. Di conseguenza, impone al Governo nazionale e alla Città di Buenos Aires di adottare misure che permettano di trovare soluzioni definitive e integrali per gli occupanti dell'insediamento prima di procedere allo sgombero.

Per quanto riguarda le garanzie istituzionali, Courtis descrive le due principali garanzie che, in questo senso, si trovano negli ordinamenti ispanoamericani: riserva di legge<sup>111</sup> (evitando così il *caciquismo* delle autorità locali e il clientelismo), e rispetto del contenuto essenziale dei diritti che nessun governo può ledere. A questo punto, per ottenere l'efficienza nello sviluppo dei diritti sociali è imprescindibile elaborare piani di controllo che permettano di osservare con totale chiarezza la ripercussione effettiva delle politiche statali e il loro reale contributo a favore dei diritti sociali, così come organi amministrativi volti alla loro protezione. In questo modo, "gli interessi dei diritti fondamentali" in senso ampio possono essere protetti specificatamente attraverso procedimenti non giudiziari<sup>112</sup>. Come abbiamo già detto precedentemente, il controllo giuridico deve essere completato in ambito amministrativo.

I piani di fiscalizzazione che possono portare a termine questi organi devono essere elaborati partendo dal presupposto che i sistemi da controllare (salute, sanità, ecc.) sono complessi e permangono nel tempo (come abbiamo già evidenziato), per cui la loro valutazione non deve essere a breve termine, ma costante e periodica, specialmente al fine di constatare se il progresso statale in merito allo sviluppo dei diritti sociali sia realmente compiuto. In questo senso, sono molto utili le controrelazioni elaborate dalle organizzazioni della società civile, che mostrano una visione molto più oggettiva e reale della situazione rispetto a quella che, in molti casi, riflettono i resoconti ufficiali.

Come in ogni progetto pubblico, il bilancio suppone un elemento vitale per qualsiasi programma di sviluppo dei diritti sociali. Per questo, devono essere promossi i mezzi necessari per garantire che le partite di bilancio siano sufficienti e adeguati, come la partecipazione cittadina nell'elaborazione dei bilanci (prima citata), o la possibilità di ricorrere alla denuncia giudiziaria se il bilancio è, socialmente parlando, insufficiente (anche se in quest'ultimo caso la sentenza sarà condizionata dall'esistenza di partite di bilancio apposite). L'obbligo di promuovere questi diritti "fino al massimo dei ricorsi disponibili" stabilito nel Patto

---

111. Il PIDESC (Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali) nell'art. 4, dispone che i diritti consacrati nel patto "potranno sottomettersi unicamente a limiti determinati dalla legge con l'esclusivo fine di promuovere il benessere generale in una società democratica." (Abramovich, V., Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 101).

112. A questi mezzi allude Häberle quando afferma, riferendosi alla situazione tedesca, che "i diritti fondamentali devono essere garantiti oggi anche dal *versante processuale*. Ciò è particolarmente visibile dalla distinzione di una difesa dei diritti fondamentali in senso stretto e in senso ampio. In senso stretto, la protezione si ottiene attraverso l'udienza giuridica e la tutela giudiziale effettiva; in senso ampio, attraverso altri strumenti come, per esempio, il Rappresentante dei Cittadini, il Rappresentante della Donna, le Commissioni di Petizione, etc. Spesso, però, la tutela giudiziaria arriva troppo tardi per cui è necessario un procedimento garante dei diritti fondamentali come accade, ad esempio, nel diritto amministrativo." (Häberle, P., *Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania*, in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año n. 1, N° 1, 1993, p. 157).



Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, permette di valutare se il denaro destinato a questi scopi è effettivamente sufficiente o lo Stato non adempie all'obbligo, sviando i fondi che dovrebbero servire al progresso sociale ad altre partite di bilancio e cadendo così nell'omissione incostituzionale<sup>113</sup>.

### 5.2.2. Un'attenzione particolare alla garanzia giudiziaria

Riguardo al ricorso alla via giudiziaria per fare valer i diritti sociali, bisogna dire che tradizionalmente questo è stato rifiutato in quanto i diritti sociali venivano considerati meri principi programmatici non giuridicamente esigibili davanti al legislatore e limitandosi a costituire solo semplici orientamenti per il suo mandato<sup>114</sup>. Il superamento di questa tendenza si sta ottenendo, in modo graduale, anche se in Europa va a rilento, togliendo efficacia ai diritti sociali, sebbene il grado di protezione giudiziaria di tali diritti varia tra le diverse nazioni del continente.

I requisiti per rendere effettiva una corretta giustiziabilità di questi diritti iniziano dalla piena esigibilità davanti al tribunale, in maniera paritaria al resto dei diritti fondamentali. In secondo luogo, si richiede la messa in atto di azioni collettive che possano obbligare lo Stato a un cambiamento nella politica sociale per soddisfare i diritti, poiché in questi casi, la situazione denunciata non coinvolge solo la parte attiva, ma anche ampi settori della società. Si parla di diritti che “non appartengono ad una persona fisica o giuridica determinata, ma a una comunità

---

113. “I poteri pubblici sono obbligati a dimostrare la ragionevolezza delle proprie azioni ed omissioni. Tale modello di ragionevolezza, tra altri estremi, serve a provare che i poteri pubblici stanno facendo il massimo sforzo ed utilizzando al massimo tutti i possibili mezzi (normativi, effettivi, finanziari) per soddisfare almeno il contenuto minimo o essenziale dei diritti in questione, dando priorità ai casi più urgenti e ai collettivi più vulnerabili”. (Pisarello, G., *La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivás Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, op. cit., pp. 62-63). Anzi, si può affermare perfettamente che lo Stato è obbligato a ricorrere alla cooperazione internazionale, se i suoi fondi non sono sufficienti a garantire una vita dignitosa ai propri cittadini. Il patto obbliga ad avanzare “tanto rapidamente quanto è possibile e, in ogni caso, a proteggere la popolazione più vulnerabile”. E questo si traduce negli obblighi di rispettare i diritti (non di ostacolarli), proteggere gli individui di fronte ai possibili attacchi da parte di terzi ai loro diritti e mettere in atto tali diritti facilitando il loro esercizio e trovando, a tal fine, i mezzi adeguati (Ibid., pp.26-27).

Ciononostante Abramovich ritiene che il PIDESC ammetta la regressione, ma solo quando risulti assolutamente imprescindibile esistendo una “presunta invalidità o incostituzionalità” della regressione e appartenendo allo Stato il compito della prova a riguardo (Abramovich, V., Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 102). La non regressione può considerarsi come uno degli obblighi basilari e immediati che il patto impone allo Stato, allo stesso livello dei doveri come non attentare alla libertà sindacale, non avere una legislazione discriminatoria, proteggere collettivi vulnerabili come quello dei disabili o dei minori, garantire l'educazione primaria (Ibid., p. 82), così come garantire i ricorsi giudiziari per rivendicare diritti basilari e auto eseguibili (prima menzionati), (Ibid., p. 87), e rispettare il contenuto essenziale di tutti i diritti del patto (sviluppati nelle pp. 89 e 90).

114. Guastini, R.: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona 1999, pp. 185-186.

amorfa, fluida e flessibile, con identità sociale, ma senza personalità giuridica”<sup>115</sup> dove “gli interessati si trovano sempre in una specie di comunione tipizzata dal fatto che la soddisfazione di uno solo implica necessariamente la soddisfazione di tutti, così come il danno di uno costituisce, *ipso facto*, il danno di tutta la comunità”<sup>116</sup>.

Infine, secondo ciò che ha affermato García Morales, si richiedono “misure processuali che permettano la difesa immediata preventiva dei diritti sociali” e, dall’altro lato, “dovrà essere garantita l’osservanza delle decisioni giudiziarie nel minor tempo possibile”<sup>117</sup>. L’autrice sostiene anche che, per rendere efficace l’esecuzione delle sentenze, è necessario che, in queste, si includano misure come “esortare i poteri pubblici a trovare soluzioni concrete, a breve scadenza, per i casi più urgenti e per i gruppi in maggiore situazione di vulnerabilità (attraverso, ad esempio, le misure cautelari), (...) disegnare allo stesso tempo un programma a lunga scadenza con misure che contribuiscano alla risoluzione di fondo del caso (...) fissare un periodo di compimento di queste misure da parte dei poteri pubblici e degli attori privati coinvolti (...) stabilire procedure di mantenimento che assicurino la loro effettività” e “controllare successivamente la ragionevolezza di queste misure di adempimento e di mantenimento”<sup>118</sup>.

### 5.2.2 a) Il caso spagnolo

Entriamo ora nella pratica giurisprudenziale concreta, analizzando l’esempio spagnolo. Come abbiamo già indicato nel punto 3.2 di questo capitolo, nel nostro Paese la maggioranza dei diritti sociali (ad eccezione del diritto all’educazione) sono inclusi nel Terzo Capitolo del Titolo Primo della Costituzione, destinato ai “principi che reggono la politica sociale ed economica”. Questo, in accordo con l’interpretazione giurisprudenziale oggi dominante, li degrada (nonostante molti vengano definiti come “diritti” nello stesso testo costituzionale) all’assenza pratica di tutela che impone l’art. 53.3 della Costituzione, cosa che contraddice l’esigenza basilare di rispetto della Carta Magna, rivendicata da Zagrebelsky, il quale sostiene

---

115. Gidi, A., Ferrer Mac-Gregor, E., *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa 2003, p. 32, citato da Courtis, C., *Los derechos sociales en perspectiva*, in *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, op. cit.

116. Barbosa Moreira, J. C., *La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)*, in *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, N° 2, 1992, p. 235.

117. García Morales, A., *La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, op. cit., p. 23.

118. Pisarello, G., *La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, op. cit., p. 69.

che il giudice deve applicare i diritti costituzionali anche quando non ci sia una legge interposta, poiché il contrario priverebbe di validità la norma fondamentale<sup>119</sup>.

Tuttavia, autori come Pisarello affermano che i diritti sociali si possono rivendicare davanti alle giurisdizioni ordinaria e costituzionale in accordo con la Costituzione, appoggiandosi su diverse tesi, tutte assolutamente logiche. L'autore propone come prima tesi che “nella misura in cui tutti i diritti sono interdipendenti e indivisibili, le diverse vie di tutela giurisdizionale previste per i diritti civili e politici considerati fondamentali potrebbero estendersi, per collegamento, ai diritti sociali. Più che postulare, in definitiva, l'esigibilità giurisdizionale diretta dei diritti sociali, ciò che si propugnerebbe è la loro esigibilità indiretta a partire dal loro vincolo, proprio, con i diritti classici fondamentali”<sup>120</sup>.

Questa prima teoria è stata già seguita, anche se in modo incipiente, dal TC. In questo modo, la STC 62/2007 stabilisce che “nelle relazioni di lavoro nascono una serie di diritti e doveri di protezione e prevenzione, legalmente contemplati, che reclamano una lettura alla luce della Costituzione, poiché non è necessario staccare il livello giuridico costituzionale ed infracostituzionale in queste materie, ogni volta che la Costituzione riconosce diritti fondamentali come la vita e l'integrità fisica (art. 15 della Costituzione spagnola), lo stesso diritto alla salute (art. 43 della Costituzione spagnola) e ordina ai poteri pubblici di vegliare sulla sicurezza e sull'igiene sul lavoro (art. 40.2 della Costituzione spagnola)”. Attraverso il collegamento dei “principi” dei diritti alla salute e la necessità vegliare sull'igiene nel lavoro con il diritto fondamentale alla vita e all'integrità fisica, il Tribunale include il suo contenuto nel quadro di un ricorso di rifugio, in principio riservato ai diritti raccolti nella Prima Sezione del Secondo Capitolo del Titolo Primo.

-----  
119. Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* op. cit., pp. 152-153

120. Pisarello, G., *La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español*, Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, op. cit., p. 44.

Sull'inevitabile interconnessione tra i diritti consacrati nella Costituzione, Pérez Luño afferma che “si deduce dalla Costituzione spagnola che i nostri diritti fondamentali costituiscono un sistema di valori oggettivi dotati di un'unità di senso e che rappresentano la suprema espressione dell'ordine assiologico della nostra società, così come della comunità internazionale alla quale apparteniamo. L'esistenza di questa unità spiega la ragion d'essere della solenne affermazione costituzionale della dignità della persona, nello stesso cardine del Titolo I.” (Pérez Luño, A. E., *Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional*, in *Teoría y realidad constitucional*, n° 20, 2007, p. 500).

Abramovich e Courtis offrono una dettagliata classificazione dei diritti che, nelle diverse Corti Costituzionali, sono solitamente impiegati come ponte per rivendicare i diritti sociali. Così si evidenziano il diritto alla non discriminazione, al giusto processo, al rispetto dei diritti civili e politici (ed anche dei diritti sociali) riconosciuti dalla Costituzione, a limitare i diritti civili e politici e ad ottenere informazioni sui diritti sociali. (Abramovich, V., e Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 168 e segg.). Bisogna evidenziare che questo legame logico è affermato nei più diversi Stati del mondo. Così, la Corte Costituzionale Indiana associa, nel caso Pachim Banga Khet Mazdoor Samity, il diritto alla salute con il diritto alla vita (riconosciuto nella sua Costituzione), imponendo numerose misure per migliorare l'assistenza sanitaria nel paese e affermando che “questa Corte ha deciso che lo Stato non può eludere i suoi obblighi costituzionali adducendo limiti finanziari.” (Ibid., p. 204).

Il TC evidenzia in altre Sentenze la interconnessione tra diritti e valori costituzionali, come si può vedere nel FJ 8 della STC 236/2007, in cui risalta “l’inequivocabile vincolo del diritto all’educazione come garanzia della dignità umana, data l’innegabile importanza che quella acquisisce per il pieno e libero sviluppo della personalità e per la stessa convivenza sociale”.

Un’altra Sentenza nello stesso senso è la STC 113/1989, del 22 giugno, in cui si giustifica la legittimità costituzionale della norma che assicura l’inalienabilità delle pensioni, in base al rispetto della dignità della persona (art. 10 CE), che impedisce che l’effettività dei diritti patrimoniali porti a sacrificare il minimo vitale del debitore, privandolo dei mezzi indispensabili per la realizzazione dei suoi scopi personali. In questo caso, si riconosce un diritto infracostituzionale come proiezione di un principio costituzionale<sup>121</sup>. Tuttavia, nonostante questi esempi, l’uso da parte del TC di questa via non è stato molto adeguato.

Altre tesi sostengono che i diritti sociali sono direttamente fondamentali per essere enunciati come “diritti” nella costituzione e che questo li rende non disponibili, inalienabili (almeno nel loro significato essenziale) e oggetto di una applicazione estensiva dei meccanismi destinati a garantire l’efficacia giuridica dei diritti considerati fondamentali dalla giurisprudenza<sup>122</sup>. Questa teoria può appoggiarsi sull’evidente argomento che il Titolo I, in cui si inglobano diritti e principi reggenti, chiama “dei diritti fondamentali”, facendo intendere che tutti i diritti lì raccolti sono fondamentali.

Garrido Falla offre un’altra tesi sull’efficacia dei diritti sociali affermando che “i diritti che indirettamente o immediatamente si riconoscono al cittadino (o a *tutti*) nel Capitolo Terzo del Titolo I della Costituzione sono esercitabili di fronte allo Stato per ottenere prestazioni che oggi si considerano ad esso *consustanziali*”<sup>123</sup>. Questi diritti generano l’interesse legittimo

-----  
121. Questa Sentenza è menzionata da Carmona Cuenca, E., in *Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital*, in *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, N° 2, 2006 (Esemplare dedicato a: i Diritti Sociali), p. 189.

122. Pisarello, G., *La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, op. cit., p. 45.

Solozábal Echevarría afferma che “forse si dovrebbe pensare alla necessità di distinguere nel nostro Capitolo 3 del Titolo I tra norme direttive, anche se pienamente vincolanti come i diritti, e diritti sociali, esigibili con il contenuto costituzionale previsto e secondo le possibilità organizzative dei diversi servizi pubblici, contenuti in tale Titolo. Si pensi ai diritti alla salute o all’ambiente. Si tratterebbe di meri diritti costituzionali, ma con un certo elemento fondamentale dedotto dalla sua relazione con le esigenze di dignità e il cui giudizio in questo modo è favorito dal possedere la struttura normativa che corrisponde alle clausole che riconoscono questo tipo di figure”. (*Intervista: Diritti fondamentali; intervistati: Luis Aguiar de Luque, Luis María Díez-Picazo, Ángel Gómez Montoro, Gregorio Peces-Barba Martínez, Juan José Solozábal Echevarría*, in *Teoría y realidad constitucional*, N°20, 2007, p. 23).

123. Garrido Falla, F., *Comentario al Título Primero. De los derechos y deberes fundamentales*, in Garrido Falla, F. y otros, *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición ampliada, Ed.Civitas, Madrid 2001, p. 189.

(costituzionalmente protetto), che dà luogo ad un ricorso dinanzi alla giurisdizione costituzionale<sup>124</sup>.

Tutta questa polemica dottrinale si proietta, come abbiamo già detto, sulla giustiziabilità dei diritti sociali. Per quanto riguarda il limite dell'art. 53 della Costituzione, ci sono due posizioni che derivano da quelle già citate: quella che sostiene che i diritti del Capitolo Terzo non sono principi ma, come indica lo stesso nome, diritti e pertanto sono direttamente giudicabili e quella che difende la dimensione soggettiva di tutti i principi che, oltre a ordinare il diritto, possono essere adottati dai cittadini per farli valere a loro favore<sup>125</sup>.

La realtà giurisprudenziale, invece, smentisce queste teorie: i principi che reggono la politica sociale ed economica continuano, in grandissima misura e salvo alcune eccezioni come le sentenze prima menzionate, ad essere privati della loro virtualità per mantenere la tesi che li degrada a stare in silenzio fino a che il legislatore, quando lo ritenga opportuno, decida di svilupparli<sup>126</sup>. In fondo a questa situazione si trova, oltre agli interessi economici delle classi alte e allo stesso Stato, che si vedrebbero obbligati a sostenere un sistema di diritti sociali realmente conforme alla Costituzione, il timore reverenziale del nostro TC di limitare la potestà legislativa, perfino in quei casi in cui questa (per scarsa azione o omissione, ma anche per azione) contraddice la Costituzione<sup>127</sup>.

-----  
124. Garrido Falla, F., *Comentario al Título Primero. De los derechos y deberes fundamentales*, in Garrido Falla, F. y otros, *Comentarios a la Constitución*, op. cit., pp. 190-194.

125. Pisarello, G., *La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, op. cit., pp. 47 e segg.

126. In questo senso, si vedano le SSTC 222/1992, 189/1987 e 134/1987. Sono innumerevoli le critiche di gran parte della dottrina a questa situazione. Valgano come esempio quelle di coloro che affermano la necessità che i giudici recuperino protagonismo nella difesa dei diritti sociali, usando come criterio nelle risoluzioni materiali i resoconti del comitato del PIDSEC. Olivas Díaz afferma che: "sono queste direttrici quelle che possono servire ad effettuare una lettura critica delle riforme legislative che vengono promulgate, giudicandole secondo i principi di progressività e di non regressività". (Olivas Díaz, A., *El papel de los jueces en la garantía de los derechos sociales*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, op. cit., p. 88.). Si ha bisogno, secondo l'autrice, di "un criterio politico sostanziale di protezione della parte più debole", criterio che oggi manca. (Ibid., p. 90). Dall'altro lato e, come eccezione, è possibile trovare sentenze del Tribunale costituzionale che riconoscono effetto derogatorio immediato ad alcuni diritti o principi reggenti con l'entrata in vigore della Costituzione (STC 4/1981, 2 febbraio, FJ 1) in relazione alla normativa franchista, ma la loro virtualità deve estendersi non solo al Diritto precostituzionale, ma anche all'attuale, in cui brilla per la sua assenza.

127. Un chiaro esempio si trova nella STC 235/1999 (FJ 13). Dopo aver dichiarato incostituzionale una normativa statale, questa sentenza sostiene che "non può questo Tribunale, che non svolge le veci del legislatore (STC 19/1988, FJ 8), emanare ordinanze o istruzioni positive su ciò che solo può essere determinato a partire dall'esercizio della libertà di configurazione, soggetta alla Costituzione delle Corti Generali (...). Stando così i fatti, questo Tribunale deve reiterare l'indispensabile imperativo costituzionale che sul legislatore pesa in ordine alla riparazione con prontezza di tale situazione contraria al blocco della costituzionalità, intervento legislativo riparatore che dopo altre sentenze e per altri ambiti (bisogna ricordare) non è incorso in ritardo sproporzionato (STC 45/1989). La dichiarazione di incostituzionalità del precetto e la reiterazione, già fatta, del necessario

Vale a dire, di fronte a una regolazione contraria alla Costituzione, il TC non osa neanche abrogare ciò che è stato disposto dal legislatore e stabilire dei criteri basilari che provvisoriamente reggano la materia, però, senza osare nemmeno imporre un termine precettivo, lascia alla discrezione del legislatore il come e il quando correggere il suo abuso, mantenendolo nel frattempo. Purtroppo, il rispetto di questo criterio ha pregiudicato particolarmente lo sviluppo dei diritti sociali<sup>128</sup>.

Per concludere, parliamo brevemente della garanzia delle azioni collettive. In questa materia, a parte l'azione prevista nella LEC (Legge di procedimento giudiziario civile) per i consumatori, l'azione popolare si riconosce sempre che una legge stabilisca il suo esercizio. Così, si riconoscono in materia di ambiente (dichiarazione di zone di atmosfera contaminata, in virtù del Decreto Reale 833/75, del 23 febbraio, o della legge 20/86 di residui tossici e pericolosi), in materia di patrimonio storico (Legge sul Patrimonio Storico, art. 8), in materia di assetto territoriale (Legge di Regime del Suolo, art. 235) e di azioni municipali (Legge delle basi di Regime Locale, art. 68.2).

### **5.2.2 b) Il caso italiano**

Osserviamo ora la traiettoria della Corte Costituzionale italiana. A differenza di ciò che succede in Spagna, la configurazione dei diritti sociali, espressamente definiti come “fondamentali”, apre la porta a un maggiore impegno della Corte Costituzionale nella sua difesa. Oltre a questa uguale gerarchia tra i diritti, in Italia esiste la figura dei diritti collettivi, diritti funzionali che permettono di realizzare ricorsi destinati a un cambiamento delle politiche pubbliche, che si ripercuotono sui diritti individuali di un gran numero di cittadini, le stesse azioni collettive che abbiamo citato riferendoci alla Spagna<sup>129</sup>.

-----  
intervento legislativo bastano, bisogna sperare in virtù del principio di lealtà costituzionale, per propiziare un repentino risanamento della situazione incostituzionale, non prevedendo, questo Tribunale, arrivato il momento, di esprimere un verdetto di nullità la cui efficacia rimanga differita a un determinato termine (SSTC 195/1998, FJ 5 e 208/1999, FJ 8)”.

128. Un altro chiaro esempio di questa tessitura si trova nella rapidità con cui furono soppressi alcuni sintomi giurisprudenziali che sostenevano l'obbligo di mantenere le conquiste sociali, come ha fatto la STC 81/1982, del 21 dicembre, che sostiene che “deve intendersi che non si può privare il lavoratore, senza una ragione plausibile, delle conquiste sociali ottenute” (FJ 3°). Questa è stata confutata da altre sentenze come la 65/1997, in cui si ricorda la libertà del legislatore nella sua valutazione del contesto sociale ed economico, cosa che gli permette di stabilire “il livello e le condizioni economiche delle prestazioni da effettuare o le modifiche per adattare alle necessità del momento” (STC 77/1985, del 27 giugno)”.

129. In Italia, in generale, si concedono queste azioni collettive alle organizzazioni la cui attività è orientata alla salvaguardia dei beni che, in concreto, siano in pericolo. Per questo, il criterio territoriale si considera, in generale, decisivo, anche se la Legge 349/1986 concede legittimazione alle associazioni di protezione dell'ambiente di carattere internazionale e a quelle che siano presenti almeno in cinque regioni, secondo il Decreto del Ministero dell'Ambiente.

Bisogna sottolineare, a fini tecnici, che nel Diritto italiano, alcuni diritti riconosciuti nella maggioranza delle Costituzioni non sono formalmente affermati. Tuttavia sono dedotti dall'articolo 2 e da altri precetti, in accordo con la tesi difesa inizialmente da Barbera e, infine, accettata dalla Corte Costituzionale. È il caso del diritto all'intimità, dedotto dall'art. 2 e dall'interpretazione congiunta degli art. 13, 14 e 15 così come dall'allusione all'art. 10 del Diritto Internazionale<sup>130</sup>. D'altro canto, la Corte Costituzionale ha sviluppato diverse modalità di sentenze classificate secondo i loro effetti sulle decisioni del legislatore alcune delle quali possiedono la capacità di imporgli obblighi positivi, essenziali nel caso dei diritti sociali<sup>131</sup>.

In questa situazione, la giurisprudenza italiana ha determinato che la discrezionalità del legislatore non è assoluta nella configurazione di diritti prestazionali di carattere sociale, dovendo includere nel suo contenuto "le esigenze di vita del lavoratore"<sup>132</sup>. Sulla stessa linea,

---

130. Pizzorusso, A., *Sul diritto alla riservatezza nella Costituzione italiana*, in *Prassi e Teoria*, 1976, pp. 29-43.

131. La Corte Costituzionale italiana emette "sentenze meramente caducatorie" che annullano tutta o parte della legge, "sentenze manipolative del testo legislativo", che trasformano il significato della norma, e si distinguono in "sentenze sostitutive" con cui la Corte dichiara incostituzionale la norma nella parte che prevede una cosa al posto di un'altra e "sentenze additive" in cui si dichiara incostituzionale per non prevedere una determinata cosa. Le sentenze additive si dividono in additive di prestazione (che rivendicano la necessità della prestazione) e additive di garanzia (che consacrano una posizione giuridica dell'individuo e stabiliscono un obbligo correlativo dello Stato) (Pilia, R., *I diritti sociali*, op. cit., pp. 156-157). Un esempio di Sentenza additiva di prestazione è la 249/1986, "che dichiara l'illegittimità costituzionale" di diversi precetti legali "nella parte in cui non consentono ai supplenti in servizio nella scuola ordinaria di usufruire del trattamento disposto a favore dei supplenti nei corsi CRACIS ex art. 46, secondo comma, della stessa legge n. 270 del 1982". Vale a dire, cercando di impedire una discriminazione, la Corte ordina l'estensione di una prestazione già goduta da un collettivo professionale ad un altro ingiustamente escluso. La dottrina parla anche di sentenze additive di principi di nuovo conio, in cui si materializza "l'ampliamento della discrezionalità dei giudici a costituire la soluzione definitiva costituzionalmente imposta e a restaurare la normalità", chiarendo, però, che il legislatore deve creare regole per rendere definitiva la situazione provvisoria conseguenza della sentenza e che può degenerare in insicurezza giuridica, se si prolunga al dipendere dell'interpretazione che i giudici inferiori facciano di essa. (Salazar, C., *I diritti sociali alla prova della giurisprudenza costituzionale*, op. cit., p. 203).

132. Così ha disposto la Sentenza 173 del 1986: "Sicché può ritenersi che il legislatore, entro i confini della ragionevolezza, ha il potere di fissare discrezionalmente le misure ed i limiti anche in maniera differenziata per le diverse categorie rapportandoli al concreto momento storico ed economico (...). In altri termini, il suddetto principio di proporzionalità deve essere inteso ragionevolmente nel senso, cioè, che il legislatore non può negare del tutto le prestazioni né ridurle ad un minimo assoluto, ma deve assicurare, in ogni caso, le esigenze di vita del lavoratore".

La Corte ha giudicato particolarmente ragionevole la necessità di valutare i limiti finanziari stabiliti nel bilancio insieme alla necessaria considerazione della discrezionalità del legislatore sulla definizione del *quantum* delle prestazioni sociali, che la Corte deve soppesare in ogni caso conforme ad un parametro di equità, ma mai ha corretto una decisione legislativa in questo senso basandosi sulla insufficienza delle prestazioni (in ogni caso, come vedremo, ha incluso in una categoria di persone ingiustamente escluse dalla fruizione delle stesse, ma impiegando in fondo il principio di non discriminazione). Così, per esempio, si rifiuta un ricorso sulla insufficiente copertura di prestazioni sociali nella Sentenza 180 del 1982, affermando che "rientra nella discrezionalità del legislatore ordinario la determinazione dell'ammontare delle prestazioni sociali e delle variazioni delle stesse sulla base di un razionale contemperamento delle esigenze di vita dei lavoratori che ne sono beneficiari e della soddisfazione di altri diritti pur costituzionalmente garantiti da un lato e delle disponibilità finanziarie dall'altro lato (Sentt. 128/ 1973 e 160/1974). Discrezionalità che questa Corte, che è priva dei necessari poteri istruttori, non può sindacare se non quando emerga la manifesta irrazionalità dei risultati attinti nelle disposizioni impugnate." (Cassese, A., *I diritti umani oggi*, op. cit., p. 433).

Caretti ritiene che venga richiesto un bilanciamento “diseguale” tra obiettivi sociali ed esigenze economico-finanziarie “perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l’efficienza economica)”<sup>133</sup>. Con ragione, l’autore afferma che “il minimo retributivo non può essere abrogato, neanche in considerazione della situazione economico-finanziaria dell’impresa”<sup>134</sup>.

Analizziamo, a seguire, la posizione della Corte in merito allo sviluppo dei diversi diritti sociali, cominciando dal diritto all’abitazione. La Sentenza 217/1988 afferma che il diritto all’abitazione è imprescindibile per garantire le condizioni minime di sussistenza. Da questa premessa, la Corte ha mantenuto la sua tesi sulla ragionevole ponderazione prima citata relativamente a questo diritto, ma sempre con il denominatore comune di considerare ammissibile l’attribuzione di ricorsi realizzata dallo Stato o dalle regioni per le politiche abitative<sup>135</sup>. La ripercussione pratica di questo diritto sulla giurisprudenza costituzionale si trova principalmente nel fatto che è stata considerata causa sufficiente per imporre una legislazione generale dettata dallo Stato centrale che, secondo alcune regioni, limitava le loro competenze<sup>136</sup>.

Nel caso del diritto alla salute si allude anche allo stesso limite di discrezionalità del legislatore per il contenuto essenziale del diritto. All’inizio, la Corte assunse la linea giurisprudenziale riflessa nella Sentenza 40/1991, che svalutava il carattere fondamentale del diritto alla salute, subordinandolo alla ponderazione di altri interessi e risorse finanziarie del potere legislativo, senza garantire un contenuto essenziale. Attualmente, questo caso è stato superato in seguito alla Sentenza 185/1998<sup>137</sup>.

-----  
133. Caretti, P., *Diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2005 p. 403.

134. Ibid., p. 408.

135. Così si osserva nella Sentenza 19 del 1994, che riportiamo parzialmente: “questa Corte ha sempre tenuto fermo il principio che la garanzia del bene indicato riposa sul ragionevole bilanciamento operato dal legislatore ordinario fra gli interessi costituzionalmente rilevanti al fine di dare graduale applicazione, in relazione alle disponibilità finanziarie esistenti, alla direttiva costituzionale contenuta nell’art. 47, secondo comma, della Carta fondamentale. In riferimento a tali principi, non vi può esser dubbio che, così come è stata delineata nei punti precedenti della motivazione, la disciplina normativa stabilita dagli artt. 2 e 3 della legge provinciale impugnata rappresenti una non irragionevole attuazione della direttiva costituzionale tendente a favorire l’accesso del risparmio popolare alla proprietà dell’abitazione”.

136. Così afferma la Sentenza 217 del 1988 di fronte l’impugnazione di una norma statale: “la legge impugnata, si limita ad assicurare un livello di prestazioni tale da rappresentare la garanzia di un *minimum* nel godimento del “diritto all’abitazione” da parte dei lavoratori dipendenti di qualsiasi regione e, così facendo, mentre lascia sufficienti spazi all’autonomia regionale nel disporre dei relativi interessi, nello stesso momento ottempera all’inderogabile imperativo costituzionale di ridurre la distanza o la sproporzione nel godimento dei beni giuridici primari, contribuendo a conferire il massimo di effettività a un diritto sociale fondamentale (art. 3, secondo comma, Costituzione italiana).

137. Questa Sentenza recita: “Va premesso che, secondo un principio desumibile dalla giurisprudenza di questa Corte, il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato all’attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti” (*ex plurimis* Sentenze n. 267 del 1998, n. 304 del 1994, n. 218 del 1994). Bilanciamento che,



La nuova giurisprudenza continua nella Sentenza 509/2000<sup>138</sup>, che riconosce il carattere assoluto del contenuto essenziale del diritto alla salute avendo una base costituzionale. Morrone afferma che “il nucleo essenziale del diritto - quello all’integrità psicofisica - è sottratto al bilanciamento”, dunque si parla di un diritto fondamentale consacrato dalla Costituzione, anche se le tecniche di difesa del diritto possono essere sottomesse a ponderazione sempre che lo rispettino<sup>139</sup>. Sulla stessa linea, Belletti asserisce che, se in Italia il legislatore costituzionale avesse lasciato alla discrezione dell’ordinario la determinazione dei livelli minimi di prestazione, avrebbe usato l’espressione “livelli uniformi”, ma la Costituzione non esige un livello minimo, bensì essenziale<sup>140</sup>, delle condizioni che devono anche essere conformi alla dignità umana. L’essenzialità del diritto alla salute autorizza lo Stato a imporre il suo rispetto in tutto il paese<sup>141</sup>.

Dalla sua essenzialità deriva anche “la sottrazione del contenuto essenziale” di questo diritto costituzionali, in quanto inviolabile, “al potere di revisione costituzionale e, *a fortiori*, al potere legislativo statale o regionale”<sup>142</sup>.

Per quanto riguarda il diritto al lavoro, si possono analizzare Sentenze come la 108 del 1994, in cui la Corte ha difeso questo diritto mettendolo in relazione ad altri come il divieto di discriminazione tra cittadini, essendo questa sua attuazione, con carattere generale, in quanto

-----  
tra l’altro, deve tenere conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone, restando salvo, in ogni caso, quel “nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana (Sentenze n. 309 del 1999, n. 267 del 1998, n. 247 del 1992)”.

138. La ragione di questa Sentenza, (proveniente da una denuncia di alcuni pazienti che pretendevano di accedere gratuitamente ad un trattamento ancora in fase sperimentale) è, trascrivendo il testo, la “disparità di trattamento fra i malati terminali selezionati ai fini della sperimentazione (per i quali la somministrazione è gratuita) e quelli che non vi sono stati ammessi, e sono autorizzati, sì, a utilizzare detti farmaci, ma a loro spese (art. 3, comma 4, del decreto-legge n. 23 del 1998)”: La Corte ritiene che “nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative, come quelle che si verificano in alcune patologie tumorali, va considerato che dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, scaturiscono indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute. Sì che non può ammettersi, in forza del principio di uguaglianza, che il concreto godimento di tale diritto fondamentale dipenda, per i soggetti interessati, dalle diverse condizioni economiche”.

139. Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001, p. 354.

140. “Mentre il concetto di livello minimo è riferito ad una misura astratta e mutevole, il riferimento all’essenzialità dei livelli di prestazione non può che riguardare i livelli di garanzia necessari ad assicurare pari condizioni di vita su tutto il territorio nazionale.” (Belletti, M., “*Livelli essenziali delle prestazioni*” e “*contenuto essenziale dei diritti*” nella giurisprudenza della Corte costituzionale”, in Califano, L., (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2004, p. 183).

141. Così, la Sentenza 288/2002 concede allo Stato centrale la determinazione del contenuto essenziale del diritto alla salute garantendo il rispetto uniforme in tutta la nazione, dunque “la tutela costituzionale dei diritti a prestazioni impone che venga garantito agli utenti l’accesso al servizio in condizioni di parità, continuità ed uniformità su tutto il territorio nazionale, in modo capillare.” (Nicodemo, S., *I diritti degli utenti alla fruizione di prestazioni essenziali*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, op. cit., p. 214).

142. Belletti, M., “*Livelli essenziali delle prestazioni*” e “*contenuto essenziale dei diritti*” nella giurisprudenza della Corte costituzionale”, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, op. cit., p. 189.

al suo sviluppo. In questo modo, nella sopracitata sentenza, si proibisce la scelta arbitraria di funzionari per coprire posti destinati ai carabinieri<sup>143</sup>.

Questa interdizione di discriminazione nella fruizione di prestazioni già esistenti per alcuni cittadini, ma non per altri che ne posseggono i requisiti essenziali, costituisce anche la maggioranza degli interventi della Corte in merito allo sviluppo di altre prestazioni assistenziali. Anche in altre occasioni, la Corte ha usato la logica più evidente per rifiutare restrizioni sui diritti dei pensionati procedenti dall'art. 38.2 della Costituzione<sup>144</sup>.

D'altronde, in Italia si riconosce un diritto individuale fondamentale all'ambiente, come si riscontra nella Sentenza 210 del 1987<sup>145</sup>. Il diritto all'ambiente "presenta due profili: uno legato alla tutela delle situazioni oggettive individuali e collettive coinvolte; l'altro legato alla tutela di specifici beni ad esse correlati e che è ricondotto dalla magistratura ora a quanto disposto dell'art. 32 della Costituzione (diritto alla salute), ora al valore dell'ambiente come primario e fondante dell'ordinamento giuridico, tutelato in sé e per sé e non in quanto collegato ad altri diritti"<sup>146</sup>. In questo modo, la Corte italiana riconosce il diritto alla salute proiettato sui danni alla stessa che possano provenire dal deterioramento ambientale, Sentenza 184/1986. Dall'altro lato, si riconoscono una serie di diritti degli animali come proiezione del diritto all'ambiente, che include sanzioni penali per maltrattamenti<sup>147</sup>.

-----  
143. Come recita, la Sentenza: "Costituisce, infatti, un'irragionevole limitazione alla posizione costituzionalmente garantita a ogni cittadino dall'art. 51, primo comma, della Costituzione tanto la previsione che a base del provvedimento diretto a negare l'accesso nei ruoli del personale della polizia di Stato siano genericamente poste "informazioni raccolte" da apparati amministrativi o da uffici di pubblica sicurezza, quanto la previsione che il provvedimento stesso consista in un "apprezzamento insindacabile del Ministro". In realtà, il rispetto dei parametri costituzionali invocati esige che l'anzidetto provvedimento di esclusione si basi su valutazioni imparziali aventi ad oggetto fatti specifici e obiettivamente verificabili, valutazioni che devono essere rese note attraverso la motivazione del provvedimento medesimo, in modo che quest'ultimo possa essere sottoposto all'esame degli organi giurisdizionali per l'indefettibile difesa dei diritti soggettivi o degli interessi legittimi dei singoli interessati".

Altre Sentenze simili sono la 277/1991 e la 421/1991.

144. Tale è il caso della Sentenza 240/1994 che dichiarò l'incostituzionalità del regime pensionistico denunciato. Nella Sentenza si afferma che "quando l'intervento legislativo incide sul trattamento di soggetti i quali, sebbene titolari di due o più pensioni, hanno un reddito complessivo inferiore al limite fissato dal d.l. n. 463 del 1983, così che per essi la modifica legislativa comporta una compressione delle esigenze di vita cui era precedentemente commisurata la prestazione previdenziale, il principio di solidarietà (sotteso all'art. 38 Cost.) coordinato col principio di razionalità equità (art. 3 Cost.), impone una disciplina transitoria che assicuri un passaggio graduale al trattamento meno favorevole". Nello stesso senso, si vedano le Sentenze 232/1992 e 204/1992.

145. La Sentenza proclama che "va riconosciuto lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione. Si tende, cioè, ad una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Esso comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni".

146. Caretti, P., *Diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2005, p. 439.

147. Ibid., p. 440.

Infine, la Corte è arrivata a proibire che il Governo restringa la portata dei diritti sociali già conseguiti. Come si può vedere nella Sentenza 166/1992 del 18 marzo, anche se ci sono Sentenze precedenti come la 43/1980 che permettono allo Stato di abbassare il salario minimo o di non adattarlo al costo della vita. Inoltre, sono stati negati vari referendum perché il tema su cui si votava era contrario al contenuto essenziale di un diritto sociale (Sentenza 42/2000).

Riscontriamo, quindi, una situazione giuridica molto più propensa, rispetto a quella spagnola, allo sviluppo dei diritti sociali, ma purtroppo, non è stata sfruttata del tutto dalla Corte. Le continue allusioni ai limiti di discrezionalità del legislatore non si sono tradotte in ordini positivi che li obblighino ad aumentare il livello delle politiche sociali chiaramente insufficienti a garantire il nucleo essenziale di questi diritti a tutti i cittadini e le cause sono diverse.

Come abbiamo già menzionato all'inizio di questo paragrafo, un ottimo strumento per questi effetti sarebbero le sentenze additive, che dichiarano incostituzionale una norma nella misura in cui non preveda uno sviluppo che era indispensabile, ma nella giurisprudenza italiana "il vizio omissivo maggiore, che consiste nell'assenza totale di attuazione, non è rilevabile"<sup>148</sup> dalla Corte Costituzionale. Esiste, pertanto, una "creatività strumentale e condizionata, aggiungendo come costituzionalmente dovuto quello che, in realtà, già si trova come attuazione parziale nella legislazione vigente come *tertium comparationis*, e lo fa solo dopo aver rilevato che il quadro normativo di riferimento sia univoco"<sup>149</sup>.

La Corte, inoltre, ricorre come in Spagna, alla Sentenza di Incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, "esortazione al legislatore affinché, usando la propria discrezionalità, intervenga a porre rimedio all'incostituzionalità"<sup>150</sup>, mantenendo la legislazione incostituzionale mentre lo fa. Questo di solito accade per evitare il vuoto normativo (quando, ad esempio, non esisteva una normativa precedente che potesse considerarsi tacitamente riutilizzata per annullamento della nuova), indicando il legislatore che deve ricostituirla<sup>151</sup>, ma senza pressioni affinché lo faccia in modo immediato, tale e come corrisponderebbe ad un caso di gravissima illegalità dichiarata ufficialmente. Solamente in casi eccezionali, la Corte minaccia di intervenire sostituendosi al

---

148. Pezzini, B., *La decisione sui diritti sociale*, Giuffrè, Milano 2001, p. 206.

149. Ibid., pp. 206-207.

150. Pezzini, B., *La decisione sui diritti sociale*, op. cit., p. 208.

151. Guastini, R., *Estudios sobre las interpretaciones jurídicas*, UNAM, México 1999, p. 98.

Così accade nella Sentenza 431/1993 la quale recita che "e ciò appunto impone - come anticipato - l'inammissibilità della questione sollevata, mentre la individuazione della soluzione più idonea ad eliminare la rilevata situazione non in sintonia con la Costituzione resta riservata alla scelta discrezionale del legislatore. Al quale la Corte non può, peraltro, non rivolgere l'invito a provvedere, al riguardo, con l'opportuna sollecitudine".

legislatore, quando questo ignori ripetutamente il suo dovere di legiferare all'interno dell'ambito dichiarato incostituzionale<sup>152</sup>. Analizziamo ora un nuovo esempio di distacco riferito al momento di controllare gli eccessi legislativi.

Inoltre, sfortunatamente, la Corte respinge, in maniera generalizzata, le petizioni sui diritti sociali, argomentando che la gestione delle prestazioni non è stata irragionevole (ord. 136/2003 Ordinanza 111/1996)<sup>153</sup>, alla necessità di salvaguardare l'equilibrio finanziario tra le diverse gestioni (Sentenza 325/2003), o alludendo alla libertà del legislatore di ponderare gli interessi costituzionali in conflitto (ord. 173/2003)<sup>154</sup>. Come afferma lo stesso Almirante "la Corte Costituzionale manifesta sempre più di frequente la tendenza a lasciare spesso spazi molto ampi all'esercizio del potere discrezionale del legislatore"<sup>155</sup>.

Così come è stato dimostrato anche negli esempi di giurisprudenza sui diritti precedentemente analizzati, le dichiarazioni di incostituzionalità di determinati precetti di legge di sviluppo si riferiscono, in generale, all'esclusione di certe persone dalla fruizione di una prestazione per ragioni arbitrarie come la non-cittadinanza (applicando l'art. 3 della Costituzione), ma senza entrare nell'autentico sviluppo del diritto sociale, cioè, senza modificare quelle prestazioni che non sono sufficienti, e imporre al legislatore di instaurare quelle che risultino adatte ad assicurare ad ogni cittadino una vita dignitosa, unendosi queste insufficienze a quelle segnalate nel paragrafo precedente. Questo porta autori come Rita Pilia a rivendicare "il ricorso a nuovi strumenti di tutela in alternativa alle pronunce di spesa, va, comunque, ricercato nell'inerzia del parlamento nell'attuazione dei diritti sociali. Al riguardo, un'autorevole dottrina ha parlato di "giuridificazione della politica" o razionalizzazione giuridica dei diritti sociali"<sup>156</sup>. Allo stesso modo, Pezzini propone "che la sentenza sia

---

152. Tale è il caso della Sentenza 243/1993, qui la Corte, a causa del rifiuto governamentale di sostituire le legislazione anticostituzionale con un'altra conforme alla norma fondamentale afferma che naturalmente ove ciò non avvenisse, oppure se i tempi del graduale adeguamento alla legalità costituzionale si prolungassero oltre ogni ragionevole limite, ovvero, se i principi enunciati nella presente decisione risultassero disattesi, questa Corte, se nuovamente investita del problema, non potrebbe non adottare le decisioni a quella situazione appropriata".

153. "Considerato che questa Corte, con Sentenza n. 531 del 1988 ha già dichiarato la questione non fondata in riferimento agli artt. 36 e 38 della Costituzione ed in seguito l'ha dichiarata esplicitamente infondata con ordinanza n. 273 del 1989, riaffermando tra l'altro il principio che la determinazione della base retributiva, utile ai fini del trattamento di quiescenza, appartiene alla discrezionalità legislativa, alla quale spetta il potere di disporre circa la misura e le modalità di tale trattamento: discrezionalità usata nel caso di specie entro i limiti consentiti; introducendo un elemento di razionalizzazione del sistema pensionistico".

154. Salazar, C., *I diritti sociali alla prova della corte costituzionale*, in *Diritti sociali e servizio sociale*, a cura di Pasquale Costanzo e Silvana Mordeglia, Giuffrè, Milano 2005, p. 193.

155. Almirante, C., *Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Diritti di libertà e diritti sociali*, Ed. Jovene, Napoli 1997, p. 265.

156. Pilia, R., *I diritti sociali*, Jovene editore, Napoli 2005, p. 156.

autoapplicativa: questo consentirebbe, comunque, al giudice, di prescindere dall'intervento del legislatore per via di attuazione, di applicare il principio direttamente a tutti i casi come disciplina del caso concreto", senza impedire al legislatore che quando voglia emetta la legislazione generale<sup>157</sup>.

### 5.2.2 c) Altri sviluppi in ambito europeo

All'interno dell'ambito europeo, sono Paesi come la Francia quelli che più hanno fatto progressi negli ultimi tempi al momento di rendere effettivi i diritti sociali dalla via giudiziaria. Nell'ambito giurisprudenziale francese si riconosce il diritto ad una abitazione adeguata e indipendente ad ogni persona che risieda sul territorio francese dall'1 dicembre del 2008, e "può presentare un ricorso davanti al Tribunale del contenzioso, una volta negato il diritto amministrativo" (art. 1 Legge n° 2007/290, del 5 marzo, diritto all'abitazione), per ottenerla<sup>158</sup>.

D'altra parte, è in Portogallo dove, grazie a ciò che è stato disposto nel paragrafo 3 dell'art. 52 della Costituzione, l'azione collettiva o popolare ha raggiunto un maggiore sviluppo in relazione all'ambito europeo, potendo essere esercitato in relazione agli atti di molteplici entità pubbliche, incluso lo Stato o entità private (...). In Portogallo, inoltre, la Corte Costituzionale può trattare i casi di incostituzionalità per omissione, in altre parole, quelle situazioni in cui lo Stato ha il dovere di realizzare azioni positive per soddisfare i diritti fondamentali e, invece, le omette. Tuttavia, l'art. 283.2 della Costituzione portoghese permette alla Corte solo di informare della incostituzionalità per omissione senza altri effetti, non potendo "creare le norme necessarie e neanche pronunciarsi sul modo in cui tale omissione può o deve essere superata"<sup>159</sup>.

Esistono settori della dottrina europea che si pronunciano a favore della consacrazione di un diritto al minimo vitale, vuol dire, ad una prestazione che superi il sussidio alla disoccupazione e rivendicabile di fronte ai tribunali per quelle persone che non hanno una fonte di entrate per non avere un lavoro in quanto disoccupate, o per non trovarsi nelle condizioni di realizzarlo<sup>160</sup>. Tuttavia, al giorno d'oggi, questo progetto è solo un'utopia.

157. Pezzini, B., *La decisione sui diritti sociale*, Giuffrè, Milano 2001, p. 213.

158. García Macho, R. J., *Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad*, in *Revista catalana de dret públic*, N° 38, 2009, p. 90.

159. Nuñez de Almeida, L., *El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efecto de sus decisiones*, in *Revista de Estudios Políticos*, N° 60-61, 1988, p. 875.

160. "La necessità di fare fronte al diritto al minimo vitale, da una parte, quella che possono avere i lavoratori, in quanto è possibile che i loro salari siano insufficienti per assicurare questo minimo necessario alla sussistenza e, dall'altra parte, la necessità che possono avere le persone che, per un motivo o un'altro, non realizzano un lavoro remunerato. Il riconoscimento di un diritto al

Un'altra strada ancora non esplorata per lo sviluppo dei diritti sociali è l'uso della giurisprudenza del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, che attualmente è privo di valore pratico. Questa omissione, al giorno d'oggi, è "una costante, senza eccezione, nella giurisprudenza del Tribunale di Giustizia europeo"<sup>161</sup>, escludendo l'interpretazione del Diritto comunitario della visione avanzata e particolarmente fedele alla dimensione dei diritti sociali che rappresenta. Dall'altra parte, e come esempio saliente, la Corte Europea dei Diritti Umani ha affermato che la loro tutela "non può in ogni caso mettere in gioco la finalità, di natura essenzialmente economica, che sta alla base dei trattati istitutivi"<sup>162</sup>.

Come conseguenza dello spirito che ispira questo rifiuto, tutti i tentativi di includere i diritti sociali nella Convenzione Europea dei Diritti Umani sono falliti<sup>163</sup>. In alcune occasioni, la Corte Europea dei Diritti Umani ha usato i diritti civili per applicare i diritti sociali<sup>164</sup>, ma sempre con effetti molto limitati, dato che l'ispirazione principale delle sentenze era quella di soddisfare i diritti civili, essendo quelli sociali una conseguenza secondaria della protezione del diritto civile.

In questo modo, il Tribunale ha riconosciuto doveri di obbligo positivo, basandosi sul diritto alla vita, manifestato come diritto alla salute (sebbene ridotto alla persecuzione penale delle negligenze mediche<sup>165</sup>), ha accettato limiti in diritti come la proprietà all'interno di progetti abitativi organizzati dal governo<sup>166</sup> e ha dichiarato l'estensione della fruizione di prestazioni per evitare la discriminazione tra connazionali e non connazionali<sup>167</sup>. Allo stesso modo, ha protetto il diritto all'ambiente, basandosi sui diritti civili come l'inviolabilità

-----  
minimo vitale dovrebbe avere la doppia virtù di, in primo luogo, assicurare un salario degno a tutti i lavoratori e, in secondo luogo, assicurare a tutti gli individui della comunità che ne abbiano bisogno un sostentamento minimo con il quale far fronte, almeno, alla propria sussistenza con dignità". "Se non è possibile, anche se auspicabile, che tutti i cittadini possano disporre di un posto di lavoro, questa situazione può e deve essere sostituita da una in cui il cittadino, che non abbia un posto di lavoro adeguato, disponga, almeno, di un sussidio di disoccupazione che gli permette di vivere dignitosamente." (Carmona Cuenca, E. *Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital*, in *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, N°. 2, 2006, pp. 184 e 188).

161. Jimena Quesada, L., *La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas*, in *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 27-3, 2009, p. 757.

162. Caretti, P., *Diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2005, p. 492.

163. Norte Gómez, C., Salinas Arcega, S., *Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del TEDH*, in Embid Irujo, A., (dir.) *Derechos económicos y sociales*, Iustel, Madrid 2009, pp. 371 e segg.).

164. Caretti, P., *Diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, op. cit., p. 379.

165. Sentenza Calveli e Ciglio contro Italia, 17 gennaio 2002 commentata in Abramovich, V., Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 383.

166. Sentenza James e altri contro Regno Unito, 21 febbraio 1986. Protegge il piano dello Stato, ma non ha mai riconosciuto doveri statali di carattere positivo che non fossero stati previamente presi dal Governo (commentata in Ibid., p. 384).

167. Sentenza Gaygusuz contro Austria, 16 settembre 1996, per discriminare un non connazionale nella fruizione del sussidio di disoccupazione (Ibid., p. 389).

del domicilio<sup>168</sup>, il diritto alla salute, sulla base dell'art. 3 della Convenzione (proibizione dei tratti inumani)<sup>169</sup>, ha esteso “tutti gli standard che configurano la difesa del giusto processo” al reclamo dei diritti sociali, quando sono diritti individuali che nascono da una norma legale<sup>170</sup> e si sono anche tutelati gli attori quando si è prodotta una dilazione ingiustificata nella soluzione del processo a cui hanno fatto ricorso<sup>171</sup>, non è stata permessa la stessa partecipazione delle parti nello stesso<sup>172</sup> o non si sono lasciati impugnare risoluzioni di organi dipendenti dallo Stato<sup>173</sup>.

In definitiva, il Diritto Comunitario continua ad essere vincolato ad una concezione “ottocentesca” dei diritti sociali “soprattutto come limiti negativi all’attività dello Stato”<sup>174</sup> e, in questo contesto, non può avere eccessive speranze nell’impegno della Corte di Giustizia delle Comunità Europee al momento di applicare gli incipienti diritti sociali riconosciuti nella Carta Europea dei Diritti Fondamentali.

#### **5.2.2. d) La protezione giudiziaria dei diritti sociali in America Latina: un’analisi generale**

È in America latina, più che in altri paesi, dove si sono fatti passi avanti nella giustiziabilità dei diritti sociali, ammettendo che possano essere rivendicati di fronte al potere giudiziario e creando sistemi di azione collettiva che permettano di perseguire cambiamenti di politica sociale estendendo i loro effetti a tutti i possibili beneficiari.

Questa giustiziabilità universale dei diritti si può osservare con particolare chiarezza nell’art. 27 della Costituzione Venezuelana, in cui si afferma che “ogni persona ha il diritto ad essere protetta dai tribunali nell’esercizio dei diritti e delle garanzie costituzionali, anche di quelli inerenti alla persona non espressamente presenti in questa Costituzione o negli strumenti internazionali sui diritti umani”. Vediamo quindi un’identica protezione per i diritti civili e sociali, positivizzati e non positivizzati, sempre che derivino dallo spirito della Costituzione. Allo stesso modo, l’art. 13.3 della Costituzione boliviana dispone che “la classificazione dei

-----  
168. Caso López Ostra (Sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani del 9 dicembre 1994) in cui, proteggendo i diritti fondamentali (alla vita privata e familiare) della richiedente, violati dall’esistenza di un forte inquinamento nel luogo in cui vive, il Tribunale accetta il suo ricorso e dichiara violati tali diritti.

169. Caso D. contro Regno Unito. Si equiparano modi inumani per deportare un malato di AIDS in un paese in cui non si può curare, poiché altrimenti “sarebbe morto in circostanze angoscianti, che configurerebbero un trattamento inumano” (Abramovich, V., Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 212).

170. Caso Salesi contro Italia (Abramovich, V., Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 183).

171. Caso Lombardo contro Italia, (Ibid., p. 186).

172. Caso Feldbrugge contro Olanda, (Ibid., p. 188).

173. Caso Lobo Machado contro Portogallo, (Ibid., p. 189).

174. Caretti, P., *Diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, op. cit., p. 493.

diritti stabilita in questa Costituzione non determina alcuna gerarchia, né superiorità di alcuni diritti su altri”.

Per quanto riguarda l’imprescindibile aspetto delle azioni collettive, varie costituzioni latinoamericane già lo riconoscono. Ad esempio, nell’art. 88 della Costituzione colombiana si stabilisce che “la legge regolerà le azioni popolari per la difesa dei diritti e degli interessi collettivi, relazionati al patrimonio pubblico, allo spazio pubblico, alla sicurezza e alla salubrità pubbliche, alla morale amministrativa, all’ambiente, alla libera concorrenza economica e ad altri interessi di natura simile definiti in essa”. La stessa Costituzione dichiara nel suo art. 89 che “oltre a quelli già citati negli articoli precedenti, la legge stabilirà gli altri ricorsi, le azioni e i procedimenti necessari affinché si possano difendere l’integrità dell’ordine giuridico e la protezione dei suoi diritti individuali, di gruppo o collettivi, di fronte all’azione o omissione delle autorità pubbliche”. Un altro esempio di tale sviluppo è il “mandado de segurança” brasiliano (art. 5 della Costituzione del 1988), che permette ai sindacati di rivendicare di fronte al giudice interessi generali e collettivi<sup>175</sup>.

La ricchezza di cause per le quali si possono esercitare queste azioni supera di gran lunga quelle previste nella legislazione europea. Così, la Legge colombiana 472 del 1998 prevede fino a 12 materie nelle quali si potranno esercitare azioni collettive in difesa di interessi comuni (chiamate “popolari”), che vanno dalla “sicurezza e salubrità pubblica”, all’ “accesso ai servizi pubblici, e che la loro prestazione sia sufficiente ed opportuna” passando per il “diritto alla sicurezza e prevenzione di disastri tecnicamente prevedibili”. L’art. 12 di questa Legge legittima a realizzare tali azioni, oltre il sindaco, il procuratore generale e le entità pubbliche destinate alla salvaguardia di questi interessi, anche “le organizzazioni non governative, popolari, civili o di natura simile”. L’art. 25 autorizza l’attore a rivendicare misure cautelative necessarie affinché l’interesse legittimo sia preservato durante il processo, perfino se suppone di ordinare dei comportamenti allo Stato quando questo sia stato denunciato per omissione. Per difendere ciò che la Legge definisce interessi collettivi *stricto sensu* ci sono le azioni di gruppo, destinate a gruppi di persone individuali (almeno 20 secondo la stessa Legge), che siano state vittime di danni.

-----  
175. De Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, vol. 1, op. cit., p. 243.

Anche la Costituzione venezuelana sancisce, nel suo art. 26 che “ogni persona ha il diritto di accedere agli organi di amministrazione di giustizia per far valere i propri diritti ed interessi, anche quelli collettivi e diffusi, per la tutela effettiva degli stessi e per ottenere con prontezza la decisione corrispondente”. La dottrina ha lavorato su una legge latinoamericana di azioni collettive che riunisce le esperienze di nazioni come Venezuela e Brasile, pioniere in questo ambito. (Si veda Gidi, A., Ferrer MacGregor, E., *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica* citato da Courtis in *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid 2007).



Parallelamente, si sta impiegando il meccanismo dei reclami cittadini e di collettivi sociali di fronte alla Corte Interamericana dei Diritti Umani, con il risultato di diverse risoluzioni di efficacia collettiva, che impongono obblighi positivi di sviluppo delle politiche sociali agli Stati<sup>176</sup> (sebbene bisogna ancora progredire molto, così come esporremo più avanti). È di grande importanza l'instaurazione di difese aggiuntive per far valere questi reclami. In questo senso, il Comitato del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali stabilisce che lo Stato deve apportare mezzi sufficienti per la vigenza effettiva di questi diritti, tra i quali si trovano i ricorsi giudiziari nei casi di inadempimento degli obblighi relativi agli stessi<sup>177</sup>. Tra questi ricorsi, devono esserci le misure che permettono a tutti i cittadini di accedere alla giustizia, indipendentemente dalla loro capacità economica.

L'azione di incostituzionalità per omissione è un'altra garanzia vitale per rivendicare i diritti sociali. Come sappiamo, per mezzo di essa, si querela lo Stato per non aver compiuto doveri attivi legati allo sviluppo di un diritto fondamentale. La presenza di questo atto nelle costituzioni e nelle leggi procedurali costituzionali dell'America Latina è, indubbiamente, ampia<sup>178</sup>. Quest'azione è presente anche nella Costituzione sudafricana<sup>179</sup>.

Ci concentreremo ora sul contenuto della giurisprudenza latinoamericana. Come vedremo, i giudici non hanno riserve nell'imporre direttrici specifiche o, perfino, prestazioni concrete al potere politico, esigendogli di renderle effettive in un lasso di tempo determinato. Si osserva una convinzione nella piena e diretta efficacia dei diritti sociali fondamentali, in modo che quando il tribunale osserva che si stanno conculcando tali diritti (operazione per niente complessa nella maggioranza dei casi), può imporre legittimamente (nei casi più gravi e perentori o quando la soluzione sia ovvia, costituendo l'unica alternativa possibile) misure per ripristinare i diritti lesi o ordinare al legislatore che li imponga, ma in uno spazio di tempo ragionevole.

-----  
176. Si veda come esempio la Sentenza del 19 novembre del 2004, Serie C No. 116, parr. 48 e 110.

177. *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 3*: "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (paragrafo 1 dell'articolo 2 del Patto).

178. Per una esposizione dettagliata di queste azioni nei diversi Paesi si veda Rolla, G., *La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano*, Università di Genova, p. 14.

179. Nel caso Grootboom, la Corte Costituzionale del Sudafrica dichiara incostituzionale il programma di alloggio del governo per la sua chiara inefficacia; tutto ciò dopo la denuncia di 900 cittadini a causa delle loro penose condizioni di vita, dopo essere stati espulsi da alcune terre private in cui avevano costruito le loro capanne (Allegretti, U., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 317 e segg.). La Corte obbliga il Governo a sviluppare un altro programma suscettibile di dare risultati accettabili (cioè, di garantire un alloggio ad una ampia percentuale di esclusi). (Ibid., p. 327) e gli ordina misure di emergenza per coloro i quali si trovano in questa situazione, ma non considera assoluto il diritto all'alloggio, ammettendo che possa non essere rispettato da una piccola parte della popolazione e che dipende dalla situazione socioeconomica.

Ciò non vuol dire annullare la libertà del legislatore “se l’attuazione dei poteri pubblici si adatta allo standard (dei diritti sociali), il potere giudiziario non si mette ad analizzare se fosse stato possibile adottare una qualche politica alternativa (...). La Sentenza, lungi dal costituire la fine del processo, opera come un punto di inflessione “dovendo lo Stato riformare la politica conforme ai criteri del tribunale”<sup>180</sup>. Solo in circostanze eccezionali “quando la grandezza della violazione o la mancanza completa di collaborazione dei poteri politici lo hanno giustificato, i giudici hanno avanzato nella determinazione di concrete misure da adottare, partendo dal loro stesso criterio”<sup>181</sup>, come quando c’è solo una misura logicamente possibile per salvaguardare il diritto e, pertanto, non avendo il legislatore discrezionalità per prendere delle misure, il tribunale è legittimato ad imporla dall’inizio.

Abbiamo, senza dubbio, uno dei migliori esempi di questa nuova visione del ruolo del giudice, come garante dei diritti sociali, nella Corte Costituzionale colombiana, che fa affidamento su un potente mezzo: lo stato incostituzionale delle cose. Dichiarando ciò, la Corte può ordinare al Governo azioni positive per porre fine ad una violazione reiterata, grave e relativa ai diritti fondamentali di un ampio gruppo popolare.

Esempio ne è la Sentenza T-153 del 1998, in cui la Corte ordina, in relazione alle penose condizioni di vita dei detenuti colombiani e la necessità di elaborare un piano per superarle, che “il Governo dovrà anticipare le pratiche necessarie affinché il piano di costruzione e rifacimento carcerario ed i costi che ciò implica saranno inseriti nel piano nazionale di sviluppo e investimento”.

Però senza dubbio, il caso più emblematico in questo senso è la rivoluzionaria Sentenza T-760/2008 della Corte Costituzionale colombiana. In essa, la Corte approfittò della richiesta di vari cittadini che vedevano violato dalla politica del Governo il loro diritto fondamentale alla salute, per stabilire numerosi obblighi positivi, responsabilità delle autorità pubbliche, che corrispondono al contenuto essenziale del diritto. La Corte impose al Governo di portare a termine questi obblighi nei confronti dei richiedenti e, allo stesso tempo, stabilì che tali obblighi fossero un criterio generale di rispetto al diritto alla salute che il Governo non potrà violare senza essere nuovamente condannato dalla Corte<sup>182</sup>.

-----  
180. Abramovich, V., *La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales*, in AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: del invento a la herramienta*, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006, p. 154.

181. Ibid., p. 152.

182. Si vedano a titolo illustrativo i diritti derivati dal diritto fondamentale alla salute riconosciuti nella Sentenza. In primo luogo, la Corte consacra il diritto di ogni persona ad un servizio alla salute quando lo richieda con necessità, un servizio che merita per la sua dignità e che non deriva da fattori accessori come una sua inclusione in un piano obbligatorio di salute: “ogni persona

Tra le ordinanze emanate dalla Corte al fine di rendere effettivi questi diritti, ha un posto di rilievo quella che afferma “che si assicuri il flusso di risorse nel Sistema Generale di Sicurezza Sociale nella Salute, (SGSSS)”. Vale a dire, la Corte, può legittimamente ordinare allo Stato un’amministrazione delle proprie risorse che salvaguardi i diritti fondamentali di tutti i cittadini. Come considerano Abramovich e Courtis, “il margine di differenza che ha l’amministrazione nell’adozione di misure adeguate non può in nessun modo essere inteso come barriera insuperabile affinché il Potere Giudiziario stabilisca l’obbligo di adottare una misura giudicata come l’unica adeguata per garantire il diritto sociale nelle circostanze particolari di un caso”<sup>183</sup>.

La Sentenza precedente risponde alla filosofia espressa nella Sentenza T-406, del 1992, che rivendica la dimensione oggettiva del diritto fondamentale, in altre parole, “la sua trascendenza dall’ambito proprio dei diritti individuali verso tutto l’apparato organizzativo dello Stato. Anzi, l’apparato non ha senso se non si intende come meccanismo diretto alla realizzazione dei diritti” conformando “l’ordine pubblico costituzionale” (Sentenza C-587 del 1992). Questa subordinazione del potere politico alla difesa e sviluppo, dei diritti fondamentali si è manifestata in molte altre sentenze in cui sono stati imposti obblighi così concreti e contundenti come quelli precedentemente affrontati<sup>184</sup>.

-----  
ha il diritto che l’autorità incaricata di garantire la prestazione dei servizi, autorizzi l’accesso ai servizi che *richiede* e a quelli che *richiede con necessità*, anche se non si trovano nel piano obbligatorio alla salute; ostacolare l’accesso in tali casi implica di *non rispettare* il diritto alla salute della persona. L’accesso ai servizi deve essere *opportuno, di qualità ed efficiente*. In secondo luogo, il cittadino ha il diritto ad un servizio alla salute di qualità anche se, per la sua situazione economica, non possa far fronte alle spese previste nella normativa, in modo che “le spese moderatrici non siano una barriera all’accesso ai servizi alla salute per le persone che non hanno risorse economiche tali da affrontare le spese”. In terzo luogo, “ogni persona ha il diritto di accedere alla prove ed esami diagnostici indispensabili per determinare se richiede o meno un servizio di salute”. In quarto luogo, si dispone che “ogni persona ha il diritto, tra l’altro, che vengano rimosse le barriere e gli ostacoli che impediscano di accedere integralmente ai servizi alla salute che *richieda con necessità*, come accade, per esempio, quando l’accesso implica lo spostamento verso un luogo diverso dalla residenza, dovuto al fatto che nel suo territorio non esistono istituzioni capaci di fornire il servizio e la persona non può farsi carico dei costi di tale trasferimento”. In ultimo, la Corte stabilisce che “ciò che è incluso o non incluso nel POS, deve essere interpretato conforme ad un criterio finalistico, relazionato alla ripercussione sulla salute dell’interessato e al principio di integrità”. Vale a dire, lascia la porta aperta ad includere nuove prestazioni che siano realmente necessarie per conseguire questi scopi.

183. Abramovich, V., Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 152.

184. Si prenda come esempio la Sentenza T-194 del 1999, che emana ordinanze così specifiche come “sospendere qualsiasi opera di prosciugamento di lagune, di pantani; rivedere i piani di sviluppo economico e sociale per dare priorità alle necessità che derivano dal trattamento e versamento delle acque nere (...); ordinare al Ministero dell’Ambiente (...) di dare seguito all’accordo (...), mettere in atto programmi di pulizia impiegando i pescatori che lo richiedano (...) entro le 48 ore seguenti dalla notifica di questo verdetto”.

Nello stesso senso, la Sentenza T-69, del 1998, impone un termine fissato di 6 mesi affinché lo Stato risani lo stato incostituzionale delle cose. Nella Sentenza T-525, del 23 luglio del 1999, si ordina alle autorità di “attuare, entro il periodo di sessioni ordinarie corrispondenti al secondo semestre del 1999, le misure necessarie in modo da correggere entro i parametri costituzionali e legali la mancanza di previsione di bilancio che riguarda la cancellazione delle mensilità pensionistiche degli ex dipendenti del dipartimento citato”. Un altro esempio nella Giurisprudenza Venezuelana è la decisione del 16 luglio del 2001 della

Anche i tribunali argentini hanno optato in numerose occasioni di imporre obblighi positivi allo Stato per salvaguardare i diritti sociali, soprattutto il diritto all'abitazione dignitosa<sup>185</sup>. Il potere giudiziario argentino, nella tutela dei diritti sociali, è arrivato a vietare al governo la soppressione di norme e progetti sociali<sup>186</sup>. In tutti i casi il giudice combina il necessario conseguimento degli obiettivi che protegge il diritto al rispetto delle diverse vie in possesso del legislatore per renderlo efficace<sup>187</sup>. Infine, dobbiamo segnalare che quando l'autorità pubblica ha compiuto le disposizioni del tribunale argentino, quest'ultimo ha a sua disposizione varie misure per obbligarla a rispettare tali disposizioni, come sequestrare parte del bilancio pubblico per sanzionare il responsabile<sup>188</sup>.

La Corte Interamericana ha svolto un ruolo importante in merito all'argomento di cui ci occupiamo, nonostante le carenze che esamineremo qui di seguito. Nel sistema interamericano ci sono vie non contenziose (resoconti della commissione interamericana, poco sfruttati in

-----  
Sala Quarta del Tribunale di Protezione dei Bambini ed Adolescenti, che ordina la creazione di una sala chirurgica per salvaguardare il diritto fondamentale alla salute del richiedente.

185. In questo senso, si può osservare un caso di applicazione diretta della Costituzione nel caso "Pérez, Victor e altri c/ GCBA", Camera di Appello per Contenzioso Amministrativo e Tributario della Città Autonoma di Buenos Aires, Seduta I25/01/2001. In questo caso, la Camera stabilisce che un gruppo di persone senza lavoro e casa e che stava utilizzando i servizi dell'*Hogar de Noche* di Buenos Aires, deve essere trasferito per motivi di salute, poiché il luogo in cui si trovano presenta condizioni di alloggio non conformi alla dignità umana. Il Tribunale basa la sua decisione sul diritto alle condizioni minime di assistenza e integrazione sociale, come afferma il principio di autonomia protetta dall'art. 19 della Costituzione nazionale.

186. Tale è il caso, "Ortiz Celica e altri c. il Governo della Città di Buenos Aires s/tutela", Camera di Appello per Contenzioso Amministrativo e Tributario della Città Autonoma di Buenos Aires, Seduta I (28/12/2001). La Corte vieta al governo della città di rimuovere i programmi di Emergenza Abitativa e protegge lo status di un gruppo di famiglie colpite da questa misura. Inoltre lo fa sulla base del diritto ad un'abitazione dignitosa, protetto dalla Costituzione. Tutti questi sviluppi sono preceduti dal caso emblematico della Comunità Paynemil, in cui lo Stato è stato condannato a fornire acqua potabile necessaria a una comunità aborigena. La Corte impose termini severi per realizzare le misure precedenti. Abramovich, V., Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 138.

187. Tale è il "Caso del Difensore dei diritti dei bambini e degli adolescenti c / Provincia di Neuquén", Camera Civile di Neuquén, 18 ottobre 2002. La causa è stata risolta positivamente con una misura di protezione che sollecitava il conferimento immediato di una casa per l'alloggio di un gruppo familiare di una bambina che soffriva di una grave malattia. La Camera desiste nel rifiutare la disposizione di primo grado di adattare la casa occupata dalla bambina, lasciando alla discrezione dell'amministrazione i percorsi da seguire, anche se riteniamo che in questo caso è stato dato un ruolo eccessivo a tale discrezionalità, poiché la vulnerabilità della minore e il suo bisogno di vivere nell'ambiente in cui era cresciuta giustificava la motivazione di un ripristino dell'alloggio.

188. Tale è il caso "Ramallo, Beatriz c/ Città di Buenos Aires" Camera di Appello per Contenzioso Amministrativo e Tributario della Città Autonoma di Buenos Aires, Seduta II (30/09/2004). Il tribunale stabilisce una sanzione pecuniaria giornaliera di duecentocinquanta pesos nei riguardi del Capo del Governo della città di Buenos Aires, del segretario allo sviluppo sociale e del Presidente dell'Istituto per l'abitazione della città, per non aver rispettato l'accordo giudiziario di garantire le adeguate condizioni di alloggio a delle famiglie beneficiarie del Programma Emergenza Abitativa. La generalizzazione di queste misure giudiziarie coercitive nei tribunali latinoamericani è imprescindibile affinché le sentenze non diventino carta straccia.

materia di diritti sociali e opinioni consultive della Corte) e contenziose davanti alla Corte<sup>189</sup> che, in principio, avrebbero garantito un'ampia tutela. Tuttavia, la Commissione soffre "una mancanza di risorse umane e finanziarie per fare fronte ai suoi obblighi", un'assenza di mezzi che si estende anche alla Corte. L'impegno della Corte nel trovare una soluzione globale dei problemi che si presentano, è ampio, poiché "ha ordinato che vengano pagati degli indennizzi alle vittime, ma ha anche imposto che si realizzino riforme legislative o pratiche statali"<sup>190</sup>. Tuttavia, oltre al problema precedente, il reclamo diretto dei diritti sociali è ancora molto inadeguato. La Commissione applica la Dichiarazione Americana di Diritti Umani solo nella misura in cui si possa relazionare alla Convenzione (art. 29/d) della Convenzione), cioè, in relazione ai diritti alla salute, al benessere e alla sicurezza sociale<sup>191</sup>.

Dall'altra parte, il Protocollo del Patto di San Salvador (protocollo aggiuntivo alla Convenzione Americana sui Diritti Umani in materia di diritti economici, sociali e culturali) limita il proceso contenzioso alla tutela di tutti i diritti sociali all'educazione e all'associazione con fini sindacali, e come se non bastasse, è stato solo ratificato da quattordici Stati<sup>192</sup>. L'art. 26 e la sua clausola di sviluppo potrebbero giustificare un processo contenzioso dei diritti sociali, anche se tale strada ancora non è chiara a causa della mancanza di sviluppo giurisprudenziale di questo articolo<sup>193</sup>. Per questo, al giorno d'oggi, i diritti sociali vengono rivendicati davanti alla Corte per via indiretta, vale a dire, mettendoli in relazione ad altri beni giuridici protetti. Ci sono tre vie indirette: "a) l'interpretazione comprensiva di un diritto civile o politico; b) gli appelli alle violazioni delle garanzie del giusto processo o la mancanza di tutela giudiziaria effettiva dei diritti sociali; c) l'identificazione di atti, pratiche o politiche discriminatorie che riguardano un diritto sociale"<sup>194</sup>.

-----  
189. Krsticevic, V., *La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano*, in *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: del invento a la herramienta*, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo 2006, p. 176.

190. Ibid., p. 178.

191. Ibid., p. 181

192. Burgogue-Larsen, L., *Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la CIDH*, in Embid Irujo, A., (dir.) *Derechos económicos y sociales*, Iustel, Madrid 2009, p. 339.

193. Krsticevic, V., *La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano*, in *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: del invento a la herramienta*, op. cit., p. 182.

194. Nel caso "Monica Carabantes vs. Cile", ad esempio, si rivendica il diritto all'educazione attraverso la non discriminazione, (fu espulsa della sua scuola perché in gravidanza). Il Cile accettò di modificare la sua normativa e ci fu un accordo amichevole, stipulato nella relazione 32/02. Non si deve dimenticare che "gli obblighi di uno Stato, che prevedono distribuzione di beni e servizi, devono essere orientati non verso la tutela del servizio come corollario della difesa del diritto, ma verso l'istituzione di una politica che combatta il problema, che faccia un uso ragionevole e non discriminatorio delle risorse disponibili." (Krsticevic, V., *La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano*, in *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: del invento a la herramienta*, op. cit., p. 183).

Per finire, dobbiamo dire che la Corte esige allo Stato non solo indennizzi per le vittime, ma anche “modifiche legislative e giuridiche importanti”<sup>195</sup>.

Una volta conclusa l’analisi della giustiziabilità dei diritti sociali in America Latina, occorre fare alcune riflessioni. Molti autori giustificano il minore attivismo giudiziale in Europa, affermando che la nostra situazione sociale è migliore rispetto a quella dell’America Latina e, per tale motivo, non è giustificabile un intervento nella discrezionalità del legislatore, che essi considerano anomalo. Da questo punto di vista, la “neo-feudalizzazione”<sup>196</sup>, di cui soffrono Paesi come la Colombia, in cui l’autorità dello Stato è sostituita dal *caciquismo*, e i diritti fondamentali sono conculcati mentre le autorità se ne lavano le mani, legittima queste misure estreme adottate dai tribunali. Tuttavia, è falso affermare che i diritti sociali siano rispettati pienamente in Europa (basta solo ricorrere agli indici di povertà nel continente), così come non si può affermare che un’imposizione giudiziale di rispetto di questi diritti al legislatore elimini la sua legittima discrezionalità.

Alexy afferma che “quando esiste un divieto di distruggere o danneggiare qualcosa, allora è proibito qualsiasi atto di distruzione o di danneggiamento. Invece, quando c’è solo un mandato per proteggere o sostenere qualcosa, allora non si esige nessun atto di protezione o sostegno” (...). “Pertanto, i diritti alla protezione hanno una struttura alternativa o disgiuntiva (...), l’omissione anticostituzionale non ha nessun equivalente, ma tante possibili equivalenti quante siano le alternative esistenti”<sup>197</sup>. È per questo che, come già indicato in questo capitolo ed analizzato nello specifico in questo punto, l’attivismo giudiziale a favore dei diritti sociali non annulla il potere discrezionale del legislatore, ma si limita a sradicare la sua arbitrarietà<sup>198</sup>. Gli esempi giurisprudenziali analizzati non hanno dimostrato che il giudice impone solo al legislatore il conseguimento di obiettivi costituzionali, lasciandogli la libertà nel momento di scegliere misure adeguate, salvo quando l’urgenza della situazione richieda una decisione imminente o quando c’è una sola strada valida per salvaguardare il diritto sociale.

---

195. Burgogue-Larsen, L., *Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la CIDH*, op. cit., p. 346.

196. Pisarello, G., Del Cabo, A., *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Universidad de Alicante 2000, p. 67.

197 Alexy, R., *Sobre los derechos constitucionales a protección*, in AA.VV., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2009, pp. 54-55.

198. Gómez Montoro afferma, riferendosi ai giudici “attivist” che cercano con le loro sentenze di sviluppare i diritti sociali, che: “non faccio fatica a capire le ragioni che stanno dietro a questo tipo di decisioni giudiziali. Insieme a concreti problemi umani molte volte importanti, esiste più che mai la percezione che la legittimità di uno Stato, che si definisce come sociale, dipende sempre più dalla capacità di garantire un minimo di qualità di vita (minimo che, inoltre, si eleva in forma progressiva)”. (Gómez Montoro, A., In *Encuesta: Derechos Fundamentales*. Encuestados: Luis Aguiar de Luque, Luis María Díez-Picazo, Ángel Gómez Montoro, Gregorio Peces-Barba Martínez, Juan José Solozábal Echevarría, *Teoría y Realidad Constitucional* 2007, p. 30).

In questo modo, non si potrà mai sostenere che le politiche pubbliche, il cui risultato è la privazione per una parte della popolazione di una serie di diritti riconosciuti nella costituzione ed imprescindibili per la dignità umana, siano lecite e giuridicamente accettabili<sup>199</sup>. È compito del giudice ricomporre la situazione, obbligando il legislatore a farsi carico dei suoi doveri, rispettando le diverse strade che possano essere realmente passibili di soddisfare i diritti, ma obbligandolo ad optare per una di esse<sup>200</sup>. Tutto questo, possibilmente, con più rigore in un contesto come quello europeo, in cui la ricchezza supera di gran lunga quella di gran parte dell'America Latina giustificando la molteplicità di politiche pubbliche a favore dei diritti di tutti i cittadini.

## **6. Il carattere superiore, ma non assoluto dei diritti fondamentali: la loro possibile limitazione**

### **6.1. Una teoria generale**

Un tema particolarmente delicato è quello della restrizione legittima dei diritti fondamentali. Questa restrizione si ha quando, ad esempio, si impedisce ad un cittadino di attraversare una strada transennata dalla polizia, o di entrare in casa propria se è contaminata da una malattia infettiva. Da sempre, si riconosce l'esistenza di limiti ai diritti fondamentali, associandoli a determinati beni, che Caretti enuncia chiaramente: la sicurezza pubblica (che giustifica la restrizione alla circolazione), la salute pubblica (che legittima le vaccinazioni obbligatorie), le buone abitudini (coincidenti con un'etica sociale ampia e capace di impedire espressioni che ledano la dignità o inappropriate per essere contemplate da persone di una determinata età), la dignità umana e gli interessi patrimoniali dello Stato come rappresentante del bene comune (che possono giustificare l'espropriazione con relativo indennizzo)<sup>201</sup>.

---

199. Questo porta anche all'estremo di obbligare l'Amministrazione a destinare fondi per un fine concreto. Come dice Escobar "bisogna evitare il ricorso indiscriminato all'argomento bilancio (la riserva di ciò che è economicamente possibile), se si utilizza (non sembra neanche ragionevole escluderlo del tutto), bisognerà spiegare molto bene perché non ci sono fondi e a cosa vengono destinati quelli che ci sono". (Escobar Roca, G., *Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud*, in *UNED, Revista de Derecho político*, N° 71-72, 2008, p. 126).

200. In questo senso, Pisarello nota che "il diritto all'abitazione, non implica una casa gratuita per tutti", ma "obblighi positivi, non eccessivamente costosi, come quello di fornire un'informazione adeguata, stabilire meccanismi di partecipazione in materia di politiche abitative o limitare atti privati (di banche, promotori o immobiliari), che possano mettere in pericolo i beni pubblici o colpire i diritti basilari delle persone." (Pisarello, G., *La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivás Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, op. cit., p. 61).

201. Caretti, P., *Diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 112 e segg.

Tuttavia, l'idea che un diritto così basilare possa essere soggetto ad altri interessi o necessità, è certamente sconvolgente, almeno in astratto, e per questo molti autori accettano una "tesi interna" su questo fenomeno, secondo la quale l'autentica dimensione dei diritti fondamentali esiste a partire da un principio con dei limiti pienamente definiti nella costituzione e che nessuna decisione di giudici o di legislatore può saturare<sup>202</sup>.

In riferimento a questa tesi, Prieto Sanchís chiarisce che "ciò non significa che i diritti siano *illimitati*, nel senso che autorizzano qualsiasi condotta; suppone che appaiano già *delimitati* nel contesto costituzionale e, all'interno di questo circolo delimitato, non si trova nessuna restrizione. Di conseguenza, i complessi problemi che, a volte presentano i casi di limitazione dei diritti, non saranno tali: sia se la legge penetra nel recinto proibito, dunque, non è valida; sia se non lo fa, e allora l'argomento non ha legami con il regime dei diritti"<sup>203</sup>.

Lo stesso autore, tuttavia, mostra i suoi timori verso l'utilità pratica di questa tesi, dicendo che comporta determinati pericoli, poiché "rivela un certo ottimismo verso la possibilità di "ritagliare" con precisione il contenuto di ogni diritto e, pertanto, i confini tra quello che rappresenta una "riserva vietata" per il legislatore e ciò che può essere oggetto della sua libera decisione"<sup>204</sup>. Non si deve dimenticare che i diritti fondamentali, relativamente alla loro portata,

---

202. Castillo Córdova afferma che "i diritti fondamentali sono traduzioni giuridiche dell'esigenza della natura umana (...), se i diritti dell'uomo sono staccati da una realtà unitaria e coerente, allora non c'è modo che i diritti siano contraddittori in se stessi al punto da entrare in conflitto". Allo stesso modo, l'autore ritiene che, in questa tesi, "i limiti smettono di essere interventi che influiscono sul suo contenuto e che provengono dal di fuori del diritto stesso per diventare i suoi contorni, che devono essere portati alla luce, esteriorizzati e che sono contorni che per la loro natura e concreta finalità possiede ogni diritto, al quale sono immanenti". (Castillo Córdova, L., *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?*, in *Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional*, N° 12, 2005, pp. 110 e 123).

Sánchez González condivide questa tesi, affermando che si eviterebbero polemiche "se si fosse cominciato a lavorare sui limiti del contenuto dei diritti fondamentali e della loro pratica, escludendo, dal loro rispettivo ambito di protezione, dei comportamenti che lasciavano intendere un'altra cosa (...). Ci sono diritti costituzionali sempre validi (divieto di tortura o vita), mentre gli altri sono assoluti se esercitati all'interno dei loro limiti." (Sánchez González, S., *De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional*, in *Teoría y realidad constitucional*, N° 12-13, 2003, pp. 365 e 366).

In ultimo, Borowski afferma che "secondo la teoria dei diritti non limitabili, o teoria interna dei diritti, esiste dall'inizio il diritto con il proprio contenuto determinato. Non esiste una posizione giuridica che superi questo diritto predeterminato. C'è un oggetto normativo, un diritto con dei limiti concreti. Secondo un uso linguistico generalizzato, i limiti del diritto sono "immanenti". Nel caso dei diritti non limitabili, questo limite non può definirsi restrizione." (Borowski, M., *La restricción de los derechos fundamentales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n. 20, N° 59, 2000, p. 32).

203. Prieto Sanchís, L., *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año n. 5, N° 8, 2000, p. 431.

204. Ibid., p. 432.



sono “molto più grandi di qualsiasi altra norma dell’ordinamento come parametro di costituzionalità”<sup>205</sup> e, di conseguenza, si richiede il massimo rigore se si vuole limitarli.

I difensori della “tesi esterna”, al contrario, ammettono l’esistenza di necessità capaci di limitare dei diritti che, in astratto, sarebbero assoluti o “illimitati”<sup>206</sup>. In suo favore, si adducono argomenti così ovvi come il diritto di ogni cittadino ad ascoltare musica ad altissimo volume, finché ciò non molesti altre persone, molestia che annullerà completamente un diritto senza la quale era innegabile. Questa teoria vuole dare grandi garanzie (partendo dalla premessa che il cittadino sta esercitando un diritto fondamentale, fino a che non si dimostri il contrario), ma, all’inizio, non può addurre il contenuto essenziale del diritto come nucleo che, in nessun modo, può essere snaturato. Concependo il diritto non come qualcosa di predefinito, ma qualcosa da definire, si apre la possibilità che i risultati di tale definizione possano essere vari<sup>207</sup>.

Particolarmente interessante è la tesi di Ciancardo sul possibile limite dei diritti fondamentali, che costituisce un punto intermedio tra le tesi precedenti. Questo autore parte dalla base che “il contenuto delle norme giusfondamentali è limitato e regolabile (...), i diritti fondamentali sono limitati, ma illimitabili”<sup>208</sup>. In questo modo, l’autore ritiene che i limiti ai diritti fondamentali sono: 1) “necessari (...), limitati dalla stessa natura di qualunque diritto si tratti”; 2) “diretti (...) stabiliti direttamente dalla Costituzione; 3) “indiretti (...), perché derivano dalla necessità di articolare i diritti fondamentali tra di loro e con altri beni costituzionalmente protetti”<sup>209</sup>. Vale a dire, ammette l’esistenza di limiti interni (inerenti alla stessa essenza del diritto) ed esterni, siano questi già espressamente enunciati nella costituzione o derivino dall’analisi comparata del diritto con altri beni e valori costituzionali<sup>210</sup>.

Ciancardo ritiene che, oltre al contenuto proprio della norma giusfondamentale, bisognerà studiare “la finalità del diritto fondamentale coinvolto (...), la finalità di tutti i diritti

-----  
205. Ferrada, J. C., *Los derechos fundamentales y el control constitucional*, in *Revista de Derecho*, Universidad Austral, vol. XVII, 2004, p. 128.

206. Ciancardo, J., *Los límites de los derechos fundamentales*, in *Dikaion: Revista de actualida jurídica*, N° 10, 2001, p. 69.

207. Da questa prospettiva che dà un carattere indefinito, in astratto, ai diritti fondamentali, come principi costituzionali, Freixes sostiene che “quando esistono conflitti tra i principi c’è bisogno di una interpretazione che non annulli nessuno di essi, ma mai deve stabilirsi un ordine gerarchico interno ad essi, poiché la loro funzione costituzionale è flessibile e dipende da varie circostanze.” (Freixes Sanjuán, T., Remotti Carbonell, J. C., *Los valores y principios en la jurisprudencia constitucional*, in *Revista española de Derecho constitucional*, N° 35, 1992, pp. 98-105).

208. Ciancardo, J., *Los límites de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 71.

209. Ibid., p. 63.

210. Dworkin condivide questa tesi affermando che “quando si scontrano con quelli del prossimo, devo esercitare i miei diritti in modo da rispettare tanto gli interessi dell’altro quanto i miei, non perché debba sempre agire in questa forma, ma perché devo farlo quando i nostri diritti astratti si affrontano.” (Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona 1992, p. 209).

fondamentali, come criterio unificante, e i presupposti di fatto delle restanti norme giusfondamentale, in rispetto ai principi di unità della costituzione e di concordanza pratica”, poiché “i diritti fondamentali non siano limitabili: proteggono ciò che proteggono (...) e nulla di più, non è possibile un diritto fondamentale non relazionale”<sup>211</sup>. L’autore sostiene che ogni diritto si definisce per la sua stessa natura e la sua relazione con il resto dei valori fondamentali della costituzione, limitando così i suoi confini. Ciancardo riconosce limiti ai diritti fondamentali estranei al loro contenuto considerato in maniera isolata, rifiutando così la teoria interna, ma chiarisce la categoria speciale che devono possedere questi limiti per essere capaci di restringere il diritto. Esistono limiti esterni, ma devono essere strettamente delimitati affinché non svalutino in alcun modo la dimensione di ogni diritto fondamentale.

Questa tesi è imperante nella giurisprudenza italiana. Morrone afferma che “il concetto di limite è insito nel concetto di diritto”, il che può essere ulteriormente scisso in due corollari: a) ogni diritto reca in sé il proprio limite; b) i limiti all’esercizio dei diritti derivano da un altro diritto” e la Corte opta chiaramente per il secondo<sup>212</sup>. L’individuazione dei limiti naturali avviene mediante la ricerca dei significati in modo “razionale e conforme allo spirito della costituzione”, facendo riferimento alla legislazione preesistente, spesso richiamando pressoché esclusivamente la legislazione di attuazione, ma soprattutto considerando le norme costituzionali non isolatamente, bensì coordinate fra di loro” (Sentenza n. 121/57 della Corte Costituzionale<sup>213</sup>). Nonostante ciò, a volte i diritti primari o fondamentali vengono ponderati con altri minori. Come dice la Corte italiana, “la preminenza di un interesse non elimina le relativizzazioni derivanti “da precisi vincoli di ordine costituzionale” oppure da particolari fisionomie della realtà nella quale quei valori vengono chiamati a mettersi in atto”<sup>214</sup>.

Quando due principi costituzionali si scontrano e l’interprete chiarisce l’estensione esatta di ognuno, il concetto assoluto e illimitato del diritto fondamentale rimane delimitato da un aspetto dello stesso adattato alla realtà giuridica e che, pertanto, prende in considerazione l’insieme dei beni riconosciuti dall’ordinamento, che devono coesistere con il diritto fondamentale in modo che siano rispettati senza che il diritto si veda violato. La stessa cosa succede quando il legislatore, occupandosi di necessità e fini derivati dai principi costituzionali, emette norme che delimitano l’influenza, inizialmente indeterminata, di un diritto fondamentale.

---

211. Ciancardo, J., *Los límites de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 72.

212. Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, op. cit., p. 308.

213. Ibid., p. 313.

214. Ibid., p. 300.

Dunque, quali criteri devono dirigere il limite di un diritto fondamentale affinché questo possa considerarsi costituzionalmente legittimo? Brage Camazano espone a tal proposito quattro criteri: a) la legittimità degli scopi per i quali tale diritto è stato limitato; b) che esista una relazione effettiva tra il contenuto del limite ed i suoi scopi; c) che il limite non sia irrazionale, arbitrario o inutilmente oppressivo; d) che non si produca un annullamento totale del diritto<sup>215</sup>. La *ponderazione* diventa ancora più imprescindibile per valutare il grado in cui ogni requisito si presenta nel caso concreto. Quanto più rilevante è l'obiettivo che la limitazione persegue, tanto più lontano potrà giungere la riduzione concreta del contenuto del diritto, ma mai annullandolo completamente. Se, invece, la finalità del limite manca di utilità sociale, neanche il limite più irrisorio sarà giustificato<sup>216</sup>.

È chiaro che il legislatore possiede un certo potere discrezionale in queste restrizioni, sempre e quando la sua decisione non violi il contenuto essenziale dei diritti fondamentali<sup>217</sup>. Alexy accetta una teoria soggettiva, al momento di interpretare questo contenuto essenziale, in modo che lo concepisce in relazione ad ogni individuo concreto, poiché il diritto fondamentale appartiene ad ogni cittadino come titolare dello stesso e, di conseguenza, deve essere interpretato in relazione a questa prospettiva individuale, orientata a salvaguardare il diritto dell'individuo di fronte agli interessi collettivi. È fondamentale mantenere questa prospettiva per raggiungere un'interpretazione conforme alla dignità della persona.

-----  
215. Brage Camazano, J., *Los limites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2004, pp. 215 e segg.

216. Prieto Sanchís offre un modello notevolmente simile per esporre la restrizione di un diritto fondamentale: "la prova di proporzionalità si scompone in quattro elementi, che dovranno essere successivamente autorizzati dalla decisione o dalla norma impugnata: primo, un fine costituzionalmente legittimo come fondamento dell'interferenza nella sfera dei diritti, poiché se questo fine non esiste e, l'attuazione legale è gratuita, o se risulta illegittimo da una prospettiva costituzionale, allora non c'è nulla su cui ponderare perché manca uno dei termini della comparazione. Secondo, l'adeguatezza o l'idoneità della misura adottata in merito alla difesa o conseguimento di tale fine, vale a dire, la legge o la misura restrittiva deve mostrarsi consistente con il bene o con la finalità in virtù della quale si stabilisce. Terzo, la necessità dell'intervento o, che è lo stesso, del sacrificio o del danneggiamento del diritto che è limitato, mostrando che non esiste un procedimento meno gravoso o restrittivo. In ultimo, la cosiddetta proporzionalità, in senso stretto, che dovrebbe ponderare tra i danni e i benefici, vale a dire, assicurare che esista un certo equilibrio tra i benefici che si ottengono con la misura limitatrice in merito alla difesa di un bene costituzionale o al conseguimento di un fine legittimo e i danni o le lesioni che derivano dall'esercizio del diritto; qui è proprio dove si regge la legge della ponderazione, nel senso che quanto maggiore è la trasgressione del diritto, maggiore sarà l'importanza di soddisfare il bene in conflitto." (Prieto Sanchís, L., *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, op. cit., p. 445).

217. Prieto Sanchís descrive la natura di questo contenuto essenziale in questo modo: "come ogni norma costituzionale, i diritti presentano un contenuto prescrittivo inaccessibile al legislatore; se la Costituzione proclama la libertà religiosa o la garanzia dell'imputato a non testimoniare contro se stesso, ciò significa che nessuna legge può impedire l'esercizio di tale libertà (*verbi gratia* rendendo obbligatoria la messa domenicale) o l'effettività di quella garanzia, (*verbi gratia* autorizzando la tortura). Ciò, inoltre, è indipendente dal fatto che possano esistere, come crede la maggioranza parlamentare, buone ragioni politiche di limitare, sospendere o sopprimere i diritti corrispondenti. Semplicemente, non può farlo perché la forza normativa della Costituzione impedisce che il legislatore ordinario o qualsiasi altro potere pubblico possa mettere in discussione ciò che è stato stabilito dal potere costituente" (Prieto Sanchís, L., *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, op. cit., p. 430).

Riguardo alla delimitazione del contenuto essenziale dei diritti fondamentali, Prieto Sanchís espone due posizioni: “le cosiddette teorie relativa ed assoluta”. Entrambe sono intimamente relazionate alle tesi interna ed esterna dei diritti fondamentali, prima descritte. La teoria relativa identifica il contenuto essenziale con “la giustificazione della misura limitante, il che conduce ad un annullamento della garanzia in questione: il contenuto essenziale di un diritto sarebbe quella parte del diritto che ancora rimane in piedi nonostante sia stato messo in atto un limite giustificato o legittimo, ciò che ipotizzando potrebbe condurre al sacrificio completo del diritto se la difesa di qualche bene costituzionale in conflitto lo richiedesse”<sup>218</sup>. La teoria assoluta, al contrario, difende l’esistenza di un “nucleo resistente che deve essere preservato in ogni caso, o meglio, anche quando ci fossero ragioni che giustificano il suo limite o restrizione: il contenuto essenziale sarebbe così una parte del contenuto del diritto al margine di qualche negoziazione o dibattito”<sup>219</sup>.

Prima di tutto, deve essere chiaro che il limite di un diritto fondamentale da parte del potere non deve essere considerato libero, quando non coinvolge ciò che all’inizio potrebbe essere considerato la sua radice più sacra. Qualsiasi limite di un diritto fondamentale (perfino costituzionale in casi come quello spagnolo in cui esistono diritti non fondamentali), come evidenziato precedentemente, deve essere adeguatamente giustificato<sup>220</sup>.

Una concezione eccessivamente aperta della ponderazione può abbassare fino ad estremi inammissibili la rilevanza dei diritti fondamentali<sup>221</sup>, sebbene dal momento in cui si tollera il

---

218. Essendo sostenitore del fatto che ogni diritto possiede un nucleo essenziale che non potrà mai essere conculcato indipendentemente dagli interessi politici e sociali in gioco, Alexy attribuisce la sua determinazione alla ponderazione che sostiene la relativa tesi; poiché la strada per trovarlo è quella di metterlo a confronto con il resto dei principi fino a trovare quell’ambito del diritto il cui valore prevale su qualsiasi interesse o necessità. Parleremo approfonditamente della tecnica di ponderazione nell’ultimo capitolo di questa opera.

219. “Però se la prima teoria può sfociare in un annullamento della clausola, quest’ultima sembra renderla non necessaria o stimolare perfino una diminuzione del livello delle garanzie. È non necessaria perché se i diritti hanno natura costituzionale, è ovvio che la legge non può violarli e danneggiarli, tantomeno, nella loro “essenza”, ma ciò non è necessario che lo dica l’art. 53.1; semplicemente in virtù del principio di costituzionalità, i diritti fondamentali si mostrano resistenti anche di fronte al legislatore”. (Prieto Sanchís, L., *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, op. cit., p. 438).

220. Prieto Sanchís afferma che “all’inizio sembra che solo la versione assoluta offra le basi per una interpretazione soddisfacente del contenuto essenziale come garanzia autonoma di diritti. Ciò che accade, per non essere sconcertante, è che deve essere intesa come *ultima* e non come *unica* garanzia. Come di solito si dice, si tratta di un “limite dei limiti”, di una barriera insuperabile che si innalza non appena la disposizione restrittiva diventa ragionevole o sufficientemente giustificata. In sostanza, ogni limitazione di un diritto fondamentale deve essere giustificata e deve rispettare il suo contenuto essenziale o, in altre parole, anche quando una disposizione limitatrice sia a suo favore con buone ragioni, risulterà illegittima se danneggia il contenuto minimo o essenziale di un diritto” (Prieto Sanchís, L., *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, op. cit., p. 439).

221. Habermas esprime questi timori in Habermas, J., *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid 1998, pp. 327 e segg.

limite di un diritto in virtù del conseguimento di un obiettivo sociale o della promozione di un altro diritto basilare, diventa imprescindibile un sistema di criteri rigorosi, razionali e giusti che impedisca alla corte costituzionale di prendere la decisione che più preferisce, assurda o nociva che sia, avvalendosi dell'esercizio della sua competenza. Se i diritti fondamentali sono principi, devono implicare la struttura interpretativa che conceda alla loro applicazione la stessa affidabilità di quella delle regole.

In questo senso, Prieto Sanchís considera che il concetto di nucleo essenziale possiede “due funzioni complementari all'interno della cornice argomentativa, a proposito della limitazione dei diritti: una prima funzione, che potremmo chiamare autonoma, consisterebbe nel ricordare agli operatori giuridici il ruolo centrale dei diritti fondamentali nello Stato costituzionale, servendo da contrappunto agli argomenti economici o ponderativi; sarebbe qualcosa come la traduzione giuridico-positiva della secolare vocazione dei diritti umani come diritti assoluti, alla stregua della contrattazione politica e del calcolo degli interessi sociali, per dirlo con le parole di Rawls”<sup>222</sup>. La seconda funzione “che potremmo definire fiduciaria o connessa ad una condizione che deve prevedere una legge limitatrice si contrae a una esigenza di “maggiore giustificazione”. Quanto più si sacrifica un diritto e, pertanto, quanto più ci avviciniamo al suo nucleo o essenza (qualsiasi essa sia), tanto più grande sarà la giustificazione rivendicata dalla misura limitatrice, e tanto più grande deve essere il peso e l'importanza del bene costituzionale che si contrappone”<sup>223</sup>.

Dalla nostra prospettiva, il contenuto essenziale del diritto deve identificarsi con il diritto stesso. Un'elevata limitazione di un diritto fondamentale può essere compatibile con il suo contenuto essenziale, mentre un leggero limite può violarlo. Tutto dipende dalle circostanze in cui ci si trova. Secondo i criteri di Alexy e Brage Camazano, possiamo affermare che il contenuto essenziale di un diritto fondamentale si identifica con il confine esatto determinato in seguito alla ponderazione della sua possibile restrizione. È ammissibile imporre il coprifuoco in una situazione estrema, nonostante la limitazione pratica della libertà cittadina, frutto di questa misura, sia evidente, ma l'obiettivo perseguito lo giustifica. Al contrario, sarebbe inammissibile una legge che proibisse di camminare per la strada con un mantello rosso. La ripercussione di tale misura sarebbe minima, poiché in principio nessun cittadino lo farebbe, in ogni caso minaccerebbe una libertà fondamentale, poiché carente di ogni giustificazione essendo solo un puro capriccio del legislatore.

---

222. Prieto Sanchís, L., *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, op. cit., p. 440.

223. Ibid., p. 441

Alcuni autori identificano come attacco al contenuto essenziale del diritto ciò che suppone una limitazione dello stesso particolarmente evidente e contraria al bene che dovrebbe tutelare. Siamo della loro stessa opinione nel considerare che questa dimensione del diritto è intoccabile in qualsiasi contesto, ma non lo consideriamo incompatibile con la nostra tesi: semplicemente l'attacco al suo valore, nell'esempio riportato, è così elevato che in nessuna situazione, per quanto estreme siano le circostanze che ne giustificassero la limitazione, ciò potrebbe verificarsi. Tuttavia, non meno arbitraria (e per questo grave) della precedente situazione sarebbe la restrizione superficiale di un diritto senza nessun motivo che lo giustifichi<sup>224</sup>.

## **6.2. Limitazione dei diritti fondamentali: un riflesso costituzionale e giurisprudenziale**

Abbiamo sostenuto che i diritti fondamentali trovano i propri confini (concepiti come preesistenti o frutto di altri valori in gioco) tanto nella loro stessa natura quanto in limitazioni esterne, sempre e quando queste non contraddicano il loro contenuto essenziale e siano giustificate. Ciò è quanto si afferma nella maggioranza delle costituzioni. L'art. 1 della Carta canadese dei diritti e delle libertà afferma che non si possono imporre restrizioni ai diritti e alle libertà enunciati nella stessa Carta se non a quelle già stabilite dalla legge, dentro i limiti della ragionevolezza, e potendo dimostrare la loro giustificazione all'interno di una società libera e democratica.

L'art. 33 della Costituzione sudafricana presenta una disposizione simile, che permette di imporre ai diritti fondamentali limiti ragionevoli e giustificabili in una società aperta e democratica, fondata sulla dignità, sulla libertà e sull'uguaglianza, a condizione che non si violi il contenuto essenziale dello stesso diritto. L'art. 112.1 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea afferma che si possono applicare limitazioni ai diritti fondamentali solo rispettando il principio di proporzionalità, e laddove tali limitazioni risultano necessarie e rispondano realmente ai fini di interesse generale riconosciuto dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà degli altri.

La stessa clausola è presente in alcune costituzioni degli Stati membri dell'Unione Europea. L'art. 25 della Costituzione greca afferma che le limitazioni imposte ai diritti costituzionali devono rispettare il principio di proporzionalità e l'art. 18 della Costituzione portoghese prevede che le restrizioni ai diritti, le libertà e le garanzie devono "limitarsi a ciò che è necessario per

---

224. È possibile che, in presenza di questa causa, il legislatore opti per non limitare il diritto, essendo una decisione legittima, sempre che non sia pericolosa per la comunità. Questa decisione non renderebbe illegittima una nuova decisione di limitare il diritto, poiché dall'inizio esisterebbe una causa facoltativa a questo rispetto.

proteggere altri diritti o interessi costituzionalmente protetti”. Allo stesso modo, l’art. 1 della Costituzione svedese proibisce che la limitazione di diritti e libertà fondamentali vada “al di là della misura necessaria in relazione al motivo che l’ha provocata”.

Analizziamo qualche dottrina giurisprudenziale in merito a questo argomento. Come afferma il Tribunale Costituzionale spagnolo (SSTC 11/81 e 2/82): “ogni diritto ha i suoi limiti, quindi nessun diritto, neanche quelli di natura o di carattere costituzionale, possono considerarsi illimitati”. Il TC assume oggi, come base per limitare qualsiasi diritto, i requisiti di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, come elementi differenziati e integranti tutti quelli del principio di proporzionalità. Come presupposto indispensabile, bisogna analizzare “il fine perseguito dalla restrizione del diritto (il *prius* del principio di proporzionalità, che cita il Tribunale). Questo fine deve essere considerato costituzionale per procedere all’applicazione del principio di proporzionalità alla stessa”, essendo automaticamente rifiutato in caso contrario. Una volta determinata la finalità costituzionale della restrizione, il TC procede a chiarire la sua idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto.

Il giudizio di idoneità postula che la misura “risulti adeguata per conseguire la finalità voluta”. Il giudizio di necessità vuole chiarire se la limitazione proposta “è tra i mezzi possibili quello meno gravoso per i diritti individuali ed offre la stessa efficacia per proteggere il bene giuridico che costituisce la finalità della restrizione”, paragonandola ad altre alternative possibili. In ultimo, il giudizio di proporzionalità, in senso stretto, ha come obiettivo quello di determinare se la restrizione “sia proporzionale alla finalità protetta, se ne derivi un rapporto equilibrato tra il mezzo restrittivo applicato e la finalità dello stesso, paragonando qui l’entità di ognuno degli elementi (restrizione e obiettivo ricercato) e utilizzando a tale scopo come tecnica principale la ponderazione (criterio applicato in modo rilevante nella risoluzione di conflitti tra diritti fondamentali di pari valore, considerazione e gerarchia costituzionale, di eguale identità come avviene tra le libertà d’espressione e informazione ed i diritti della personalità, riconosciuti negli artt. 20 e 18 della Costituzione spagnola)”<sup>225</sup>.

-----  
225. Aguiar de Luque lo concepisce come un “giudizio di causalità che mette in relazione la restrizione del diritto e la finalità di tale restrizione, servendosi in modo evidente delle circostanze pratiche del caso, della sua capacità di giungere allo scopo prestabilito e costituzionale e a cui si riferisce a volte il Tribunale come ragionevolezza della misura restrittiva”. (Aguiar de Luque, L., in *Encuesta: Derechos Fundamentales. Encuestados: Luis Aguiar de Luque, Luis María Díez-Picazo, Ángel Gómez Montoro, Gregorio Peces-Barba Martínez, Juan José Solozábal Echevarría*, op. cit., p. 43).

La tecnica della Corte di Giustizia delle Comunità Europee è simile, sottoponendo le possibili restrizioni alle tre valutazioni o test: di legalità, di legittimità e di proporzionalità<sup>226</sup>. La Corte Europea dei Diritti Umani utilizza un criterio analogo<sup>227</sup>. Dobbiamo dire che l'origine di questo sistema generalizzato si trova nella giurisprudenza costituzionale tedesca ed è stato profusamente analizzato da Alexy in opere come la sua *Teoria dei diritti fondamentali*.

Occorre evidenziare, in ultimo, che in vari paesi sono stati eliminati temporaneamente alcuni diritti fondamentali a persone accusate di terrorismo. Tale è il caso della Spagna, in cui "l'art. 55.2 della Costituzione spagnola, senza precedenti nel costituzionalismo storico né nel diritto comparato, delibera la sospensione di una serie di diritti fondamentali (durata massima della detenzione preventiva, inviolabilità del domicilio e segretezza delle comunicazioni) con una finalità determinata: indagare su atti di bande armate o di elementi terroristici". La giurisprudenza ha accettato tali sospensioni sulla base della enorme pericolosità del terrorismo<sup>228</sup>.

-----  
226. "Per determinare se la restrizione di un diritto fondamentale sia legale, si ricorre alla realizzazione di tre valutazioni: 1. Test della Legalità: la restrizione deve avere una base legale; 2. Test di Legittimità: la limitazione deve rispondere ad un scopo legittimo, non è detto che ogni finalità giustifichi una restrizione dei diritti e libertà, così come si aggiunge che le restrizioni debbano corrispondere a quelle necessarie in una società democratica; 3. Test di Proporzionalità che, a sua volta, si suddivide in tre diverse analisi: a) utilità: la misura deve essere adeguata al conseguimento dello scopo. Alcuni autori lo chiamano 'adeguatezza' e significa che la situazione che lo Stato crea attraverso l'intervento, e la situazione che il fine perseguito deve considerare come realizzabile, si trovano in una relazione conciliata per mezzo di ipotesi provate nella realtà; b) necessità: non esiste una misura meno gravosa per conseguire il fine; si conosce anche come principio della misura più leggera e come proibizione d'eccesso; c) proporzionalità in senso stretto: la restrizione non genera una responsabilità più gravosa per chi ne è coinvolto per il limite del beneficio che si ottiene a partire dalla stessa." (Donadio Linares, L. M., *Coalición de derechos fundamentales en los espacios integrados: prudentia iudicialis: entre la vanguardia y la timidez*, in *Criterio jurídico*, N° 7, 2007, pp. 212-213).

227. "La maggior parte degli articoli della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, mentre riconoscono i diritti, enumerano i requisiti necessari per limitarli. Questi requisiti danno luogo al cosiddetto "test di Strasburgo", vale a dire, l'insieme dei criteri usati dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo per decidere se una restrizione ad un diritto da parte della Convenzione suppone o meno una violazione dello stesso. Il test consta (insieme alle caratteristiche proprie di ogni diritto) di tre requisiti: la restrizione deve essere predeterminata o prevista dalla legge dello Stato che la impone; la restrizione deve camminare insieme alla difesa di alcuni dei beni giuridici che si elencano in ogni caso e deve essere "necessaria in una società democratica". Quest'ultimo requisito è diventato quello più importante nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, che lo ha usato in modo simile (e a volte insieme) ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità applicati da altre giurisdizioni (come il TC spagnolo)". (Rodríguez-Vergara Díaz, A., *Juez español, derecho europeo y mayor protección de los derechos fundamentales*, in *Revista de Derecho Político*, N° 47, 2000, p. 97).

228. "Secondo il Tribunale Costituzionale (STC 199/1987), il costituente prevede la sospensione individuale di determinati diritti come mezzo adeguato per far fronte alla attività sistematica, reiterata e molto frequentemente indiscriminata del terrorismo, che suppone un pericolo effettivo per la vita e l'integrità delle persone e per la sopravvivenza dell'ordine democratico costituzionale." (Requejo Rodríguez, P., *¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?*, in *Revista de derecho político*, N° 51, 2001, pp.121 e 126).



In questo senso, Ferrajoli ritiene<sup>229</sup> che possono esistere, in forma limitata e sempre sotto controllo giudiziario, restrizioni di diritti che siano specifiche per persone accusate di terrorismo (come afferma, ad esempio, l'art. 55 della Costituzione spagnola del 1978, prima citato), ma non si può procedere all'eliminazione dei diritti fondamentali di tali persone, come ha stabilito il Governo degli Stati Uniti d'America con i detenuti nel carcere di Guantanamo o con le vittime delle loro torture nei centri di detenzione<sup>230</sup>. Questo criterio si estende tanto ai diritti "sostanziali" (per chiamarli così), quanto ai diritti "procedurali" o vincolanti; questa osservazione è importante per mettere in discussione la pericolosa tendenza a creare tribunali militari incaricati di conoscere e giudicare dei civili, legati ad atti terroristici o ad altre manifestazioni di criminalità organizzata. In tal senso, Casesse afferma che i terroristi "godono di tutti i diritti spettanti a qualunque detenuto"<sup>231</sup> e, pertanto, hanno diritto ad un processo "equo e sollecito"<sup>232</sup>.

Oltre alle restrizioni antiterroristiche prima citate, l'ordinamento spagnolo possiede le stesse restrizioni di quelle applicate in stati d'emergenza, d'allarme e d'assedio. In questi casi, "qualsiasi misura presa in occasione della dichiarazione dello stato eccezionale, incluse quelle relative alla sospensione dei diritti, dovrà essere necessaria, adeguata e proporzionale al fine che si persegue, vale a dire, ristabilire l'ordine perduto"<sup>233</sup>. Tali aspetti sono comuni nel resto dei paesi europei e possono considerarsi adeguate, sempre che usate nella giusta misura e senza eccessi, per far fronte a situazioni di estrema gravità, che non potrebbero essere affrontate in altro modo. Per evitare degli eccessi sono comuni le clausole costituzionali che si tendono a

-----  
229. Ferrajoli condanna la "militarizzazione dei processi" e l'applicazione del "diritto penale del nemico" che prescinde dalle garanzie inerenti a diritti fondamentali. (Ferrajoli, L., *Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N° 9, 2009, p. 17).

230. Sulla stessa linea, La Torre afferma che "un ordinamento giuridico si basa sull'assunzione della soggettività giuridica dei suoi membri e tale soggettività implica la dignità e la capacità di volere autonomo dei soggetti in questione. Orbene, la tortura è diretta proprio a negare, a violare nel modo più flagrante proprio la dignità e la capacità di autonomia del soggetto." (La Torre M., *Senza pietà. Il diritto della tortura*, in *Diritti umani. Trasformazioni e reazioni*, a cura di S. Vida, Bononia University Press, Bologna 2008, p. 331).

231. Casesse, A., *I diritti umani oggi*, op. cit., p. 200

232. Ibid., p. 203

Nella misura in cui la dignità umana può esigere misure di protezione a favore di essere umani concreti, queste misure non possono risolversi privando del rispetto la dignità degli altri, essendo anch'essi, nonostante i loro crimini, degni di una protezione che lo Stato non ha saputo offrire (Luther, J., *Razonabilidad y dignidad humana*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, N° 7, 2007, p. 314).

Dworkin, riferendosi a questa relativizzazione dei diritti umani, afferma che "non possiamo arrogarci il privilegio di ignorarli quando crediamo che la nostra sicurezza sia in pericolo, perché insistiamo che gli Stati devono rispettare tali diritti, indipendentemente dalle ragioni che possono addurre per violarli". (Dworkin, R., *La democrazia posible*, op. cit., p. 45).

233. Requejo Rodríguez, P., *¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?*, op. cit., p. 114.

porre in alcuni diritti fondamentali (o almeno al loro nucleo essenziale) come riparo da pressioni che possano derivare dai casi di emergenza o dalla dichiarazione dello stato di emergenza<sup>234</sup>.

### **6.3. Il necessario invito statale a esercitare i diritti fondamentali come limite aggiuntivo alla loro restrizione: la tesi dell'effetto raffreddante**

Come sappiamo, i diritti fondamentali sono una realtà che non solo deve essere protetta, ma anche promossa. Per raggiungere questa promozione, è imprescindibile che lo Stato inviti la cittadinanza a praticarli, informandola dei suoi diritti, ma anche evitando, nei limiti del possibile, che la paura di subire una severa punizione, per un uso eccessivo nella pratica di un diritto fondamentale, la porti a desistere dall'approfittarne fino alla fine<sup>235</sup>. La tesi dell'“effetto raffreddante” (*chilling effect*), presente nella giurisprudenza di varie nazioni, inclusa in quella spagnola, addolcisce le condanne per un uso eccessivo nella fruizione di un diritto fondamentale allo scopo di non allontanare la persona dalle massime quote di libertà giustificate.

La prima Sentenza in cui il Tribunale Costituzionale spagnolo afferma apertamente questa tesi è la STC 136/1999, relativa al ricorso di protezione (ammesso per il tribunale) presentato dai membri della *Mesa Nacional* di Herri Batasuna, condannati per collaborare con una banda armata, per aver prestato all'organizzazione terroristica ETA il loro spazio nella campagna elettorale nella televisione pubblica basca, con l'obiettivo di pubblicizzare la loro offerta di pace al Governo attraverso un video in cui i militanti apparivano armati, cosa che aggravò la condanna per l'aspetto intimidatorio del video.

Nel fondamento giuridico 20° della Sentenza, il TC ammette che la condotta era delittuosa per eccesso del diritto fondamentale alla libertà di espressione, ma afferma anche che si trovava notoriamente vicina allo stesso, il che supporrebbe, imponendo una condanna eccessivamente

-----  
234. Osserviamo vari esempi dell'America Latina. La Costituzione colombiana stabilisce che le libertà fondamentali riconosciute dai trattati internazionali non possono essere violate durante lo stato di insurrezione (art. 212). La Costituzione del Nicaragua salvaguarda durante gli stati di emergenza, il diritto alla vita e altri diritti relativi alla dignità e all'integrità della persona umana (art. 185). Infine, la Costituzione peruviana stabilisce che durante lo stato di assedio ed emergenza, si mantengano le garanzie del giudizio di protezione e l'*habeas corpus*. (Rolla, G., *La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano*, Università di Genova).

235. “Da un lato, c'è l'effetto diretto che si persegue con la misura punitiva, che logicamente consiste nello scoraggiare un comportamento riprovevole, come la collaborazione con una banda armata; dall'altro lato (...), insieme agli effetti voluti dalla norma, una pena eccessiva o sproporzionata può generare altri effetti, definiti tecnicamente concomitanti o collaterali, che consistono nello scoraggiare l'esercizio legittimo dei diritti”. (De Domingo Pérez, T., *La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”*, in *Revista de estudios políticos*, N° 122, 2003, p. 153).

dura, di provocare sulla cittadinanza, al momento di esprimersi liberamente, un effetto dissuasivo considerevolmente ed evidentemente negativo ai fini costituzionali<sup>236</sup>. Alcuni affermarono che questa Sentenza aveva motivi politici e rappresentava un espediente per non ostacolare il processo di negoziazione con i terroristi, ma il TC ha mantenuto la stessa linea giurisprudenziale anche in altri casi molto diversi.

Questa continuità si manifesta chiaramente nella STC 110/2000<sup>237</sup>, e nella STC 174/2006 il TC difende dei genitori che avevano criticato la professoressa dei figli ed erano stati condannati penalmente. In quest'ultima il TC afferma che la condanna penale, anche per un errore, è “una reazione non necessaria e sproporzionata con effetto dissuasivo o scoraggiante dell'esercizio di tale libertà e di altri diritti ad essa connessi”.

Questo criterio è stato anche applicato nella giurisprudenza nordamericana. Un esempio ne è il caso “Brown vs. Hartlage”, in cui si difende un candidato per le espressioni usate nella campagna elettorale, adducendo che “l'effetto raffreddante che provoca, l'esigere una responsabilità assoluta per dichiarazioni erronee profferite nel corso di un dibattito politico, è incompatibile con il concetto di libera discussione contemplato nel Primo Emendamento nel contesto delle campagne politiche”<sup>238</sup>.

Senza dubbio, la realizzazione di atti illeciti, ma simili al contenuto di un diritto fondamentale, non può essere lasciata impunita, poiché ciò, oltre a generalizzare la violazione del diritto, provocherebbe uno spostamento pratico dei suoi limiti verso quei casi non tanto simili ai primi, ma concomitanti, sui quali si genererebbe lo stesso dibattito intorno alla mancata punizione con risultati imprevedibili. Tuttavia è ragionevole e sicuramente conforme ai fini costituzionali che si attenui la pena di chi supera lievemente il confine di ciò che è protetto dai diritti fondamentali, basandosi, soprattutto, sulla sua buona fede (che è già motivo sufficiente

-----  
236. Tale Sentenza afferma nel fondamento giuridico 5°, che “la dimensione oggettiva dei diritti fondamentali, il loro carattere di elementi essenziali dell'Ordinamento giuridico stabilisce che non è sufficiente constatare che la condotta sanzionata superi i confini dell'espressione costituzionalmente protetta, ma deve garantire che la reazione di fronte a questo uso eccessivo del diritto non porti per la sua severità ad un sacrificio non necessario o sproporzionato della libertà o ad un effetto dissuasivo e scoraggiante dell'esercizio dei diritti fondamentali implicati nella condotta sanzionata”.

237. Il TC nella suddetta Sentenza afferma che “il fatto di esprimere idee per informare o per partecipare ad una campagna elettorale in forma illecita e, di conseguenza senza la difesa dei rispettivi diritti costituzionali, non significa che chi compie tali attività non stia materialmente esprimendo idee, comunicando informazioni o partecipando ad eventi pubblici. Proprio per questo, una reazione penale eccessiva di fronte all'esercizio illecito di tali attività, può produrre effetti dissuasori o di scoraggiamento sull'esercizio legittimo di tali diritti, giacché chi può esercitarli, se i limiti penali non sono chiaramente specificati, può non praticarli liberamente a causa del timore che ogni eccesso sia severamente sanzionato”.

238. De Domingo Pérez, T., *La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”*, op. cit., p. 160.

a giustificarlo), e contribuendo efficacemente alla massima espansione dei diritti attraverso il fomento di un requisito imprescindibile: il desiderio di usarli da parte della cittadinanza.

## **7. Costituzione e diritti fondamentali nell'era della globalizzazione**

### **7.1. Difesa della sovranità in un mondo globalizzato: differenza tra restrizione e violazione della sovranità statale**

Non possiamo non alludere agli enormi vincoli per la vigenza dei diritti fondamentali che nascono dall'ordine mondiale attuale, in cui la sovranità statale svanisce sempre più assorbita da organismi sovranazionali e centri di potere economico sovrastatali che si presentano come forme per partecipare ad un sistema internazionale globalizzato, caratterizzato da relazioni economiche che, dirette da agenti estranei agli stati, trascendono i loro confini e, per una tendenza politica delle nazioni a integrarsi nella disciplina di organizzazioni internazionali, cercano di accrescere la loro ricchezza o semplicemente la loro sopravvivenza.

L'influenza di queste organizzazioni riguarderà, in modo esplicito o implicito, il ruolo dei diritti fondamentali di ogni Stato e l'obiettivo della sua *massima promozione perseguito dal neocostituzionalismo*. In questo contesto è imprescindibile fare riferimento alla sovranità come al potere che ha ogni Stato di governarsi e alle limitazioni della stessa che senza dubbio deriveranno da questo nuovo ordine in cui il trattato internazionale ha, come nel caso della Spagna, più potere della legge organica.

Pereira definisce la sovranità, alludendo alla sua concezione storica tradizionale, come una "potenza assoluta e perpetua bodiniana e hobbesiana; potere assoluto, illimitato, indivisibile, inappellabile, incontrollabile, indipendente *ad extra* e supremo *ad intra*"<sup>239</sup>. Così, "gli stati si presentavano come fortezze chiuse protette dal principio di non ingerenza"<sup>240</sup>.

È chiaro che oggi questa visione è smentita dalla realtà, e dagli innumerevoli accordi internazionali (con i loro conseguenti obblighi), che restringono la libertà di realizzazione degli Stati. Viola giustamente afferma che "il nuovo costituzionalismo ha fatto venir meno tutti i presupposti su cui si basava lo Stato-nazione, dotato di un ordinamento giuridico chiuso, unitario e riferito ad una comunità politica completa"<sup>241</sup>. In ambito europeo, basta analizzare la

-----  
239. Pereira Menaut, A. C., *Después de la soberanía*, in *Revista de Derecho Político*, N° 50, 2001, p. 62.

240. Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 10.

241. Viola, F., *Diritti umani e globalizzazione del diritto*, Editoriale scientifica, vol. 1, Napoli 2009, p. 22.

figura della direttiva comunitaria per vedere fino a che punto la politica di ogni Stato sia soggetta alle decisioni dell'Unione. Tali restrizioni alla sovranità statale, tuttavia, sono lecite se lo Stato le percepisce come un modo per raggiungere gli scopi previsti dalla sua costituzione. Si tratterà di violazioni della sovranità, invece, se gli accordi internazionali attentano ai valori e diritti fondamentali o privano lo Stato della massima potenza negativa per difenderli.

La costituzione è il referente legale della sovranità statale. In essa, si definiscono sia l'organizzazione dello Stato sia le competenze attribuite a ciascuno dei suoi poteri, passando per i valori che lo sorreggono ed i diritti fondamentali riconosciuti ai suoi cittadini. Per questo, la sovranità sarà rispettata (anche se risulta legittimamente ristretta), finché lo Stato non contraddica i dettami della costituzione (o rinunci al potere specifico di salvaguardarli). Il potere statale per proteggere i diritti fondamentali dei suoi cittadini, senza che nessuna istanza esterna possa restringerli, rappresenta il limite insuperabile al di là del quale la sovranità nazionale risulta immancabilmente violata.

È ammissibile e, perfino, auspicabile, l'integrazione nazionale in organismi sovrastatali di natura politica o economica, finché ciò non contraddica la costituzione degli stati. Questa contraddizione, come già detto, non può identificarsi solo con una mera restrizione della sovranità, ma con un impedimento nel conseguimento dei fini costituzionali. Questo non accadrà con i trattati che riconoscono diritti aggiuntivi o sistemi di tutela dei diritti che cercano di non essere più restrittivi di quelli già esistenti, in modo che le loro decisioni possano offrire una protezione aggiuntiva, ma mai togliere delle garanzie già conseguite<sup>242</sup>.

D'altro canto, non si può tollerare nessun tipo di accordo internazionale che peggiori il grado di promozione e rispetto dei diritti fondamentali già esistenti in uno Stato, o che si rimetta a organi di controllo o giurisdizione che possano imporre risoluzioni più restrittive di quelle della giurisdizione costituzionale di tale Stato. Ciò suppone una violazione della sovranità e, di

---

242. Pereira sottolinea la necessità statale di "stabilire nuclei duri, materie riservate o terreni esenti nei quali non possano entrare i nuovi poteri centrali e nei quali, al contrario delle tipiche clausole di supremazia federale, il Diritto generale non predomini su quello dello Stato membro. Questo nucleo duro potrebbe non essere importante - ad esempio, un modo di elaborare la birra - o può esserlo -ad esempio, i diritti fondamentali-, ma è necessario che esista. Ciò, in un certo qual modo, accade già con i diritti e con alcuni aspetti della Costituzione tedesca, che prevalgono di fronte al Diritto comunitario europeo. I trattati, che includono queste nuove figure, possono considerarsi come strumenti adeguati ad approfondire gli obiettivi della Costituzione (Pereira Menaut, A. C., *Después de la soberanía*, in *Revista de Derecho Político*, N° 50, 2001, p. 75).

Con tali requisiti, si può includere anche la tutela multilivello dei diritti fondamentali, che rappresenta "una sorta di sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali che coinvolge in Europa: il livello internazionale, il livello comunitario, il livello nazionale, *in primis* facendo riferimento al dettato costituzionale di ciascun paese." (Tega, D., *La Carta dei diritti di Nizza nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in Califano, L., (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2004, p. 125).

conseguenza, un attacco alla costituzione, mentre i trattati menzionati nel paragrafo precedente e gli obblighi ad essi connessi non saranno che un legittimo sviluppo del testo costituzionale e dei suoi fini<sup>243</sup>.

Questa massima si riflette sulla relazione degli Stati europei con gli organi giurisdizionali dell'Unione, principalmente la Corte Europea dei Diritti Umani e la Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Per quanto riguarda il primo, l'art. 53 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo afferma chiaramente che “nessuna delle disposizioni della presente Convenzione sarà interpretata nel senso di limitare o pregiudicare quei diritti umani e libertà fondamentali, che potrebbero essere riconosciuti conformi alle leggi di qualsiasi Alta Parte Negoziante o in qualsiasi altra Convenzione di cui questa faccia parte”<sup>244</sup>.

In riferimento alla competenza comunitaria della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Úbeda Tarajano afferma che “non c'è dubbio che il processo di integrazione non possa supporre, in nessun caso o circostanza, una retrocessione dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dalla tradizione giuridica degli Stati membri”<sup>245</sup>. In questo senso, la Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 17 dicembre del 1970, *International Handelsgesellschaft*, 17/70, stabilisce che il Tribunale “è obbligato a ispirarsi alle tradizioni

---

243. Come sostiene Valdés “le tesi a favore del conseguimento della sovranità contraddicono il loro significato letterale e concettuale. Per definizione, non può esserci qualcosa che sia “parzialmente supremo e, di conseguenza, non può esistere un limite esogeno imposto dallo Stato sovrano contro la sua volontà. La creazione di organismi mondiali e regionali, che emanano politiche e norme vincolanti per gli Stati membri, sono compatibili con la sovranità nel momento in cui ogni Stato li accetta, ma senza rinunciare al diritto di denuncia” evidenziando, sulla linea di quanto già esposto, che si rivela imprescindibile, al fine di preservare la sovranità salvaguardare i diritti fondamentali da qualsiasi restrizione derivata dai trattati (Valdés, D., *Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año nº 6, Nº 12, julio-diciembre de 2009, p.2).

244. Nello stesso senso, “l'appartenenza della Spagna all'Unione Europea provoca inesorabilmente la modulazione dell'ambito di applicazione di numerose disposizioni costituzionali, dello Stato, senza che in nessun caso si possa accettare che la modulazione implichi un danno o una lesione dei limiti già conosciuti.” (Alonso García, R., *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, Año n° 25, Nº 73, 2005, pp. 58 e 60).

Ciononostante, si possono avanzare delle critiche all'organizzazione e al controllo del potere europeo. Prieto Sanchís ritiene che “l'Unione Europea ha, infatti, rappresentato un annullamento di competenze statali e l'apparizione di un annullamento proprio, senza che ciò abbia portato alla democratizzazione dell'adozione di decisioni e al controllo sulle stesse; è notevole, in questo senso, la mancanza di un controllo di costituzionalità o la predominanza delle istanze esecutive su quelle parlamentarie. In questo modo e per mezzo della via del Diritto europeo, i governi, che occupano una posizione egemonica in questa struttura sovranazionale, possono fare quello che sicuramente non potrebbero fare nella sfera degli ordinamenti interni sottomesi a principi di costituzionalità e legalità”. (Prieto Sanchís, L., *Los derechos fundamentales en la época del constitucionalismo*, in AA.VV., *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, tomo 1, *la tercera generación de derechos fundamentales*, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2009, p. 166).

245. Úbeda Tarajano, F. E., *La labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en orden a la protección de los derechos fundamentales*, in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, Nº 2003, 2006, p. 4283.

costituzionali comuni agli Stati membri e non può, per questo, ammettere misure incompatibili con i diritti riconosciuti e garantiti dalle loro costituzioni”.

## **7.2. Minacce della globalizzazione ai diritti fondamentali e alle soluzioni costituzionali**

Abbiamo appena analizzato i risultati che i limiti della sovranità statale possono raggiungere senza contraddirla. Purtroppo, le conseguenze della globalizzazione, soprattutto in alcune parti del pianeta, stanno diventando reali violazioni della sovranità di alcuni Stati, la cui vulnerabilità li porta ad accettare accordi economici e finanziari chiaramente svantaggiosi per il loro sviluppo e contrari ai diritti basilari della loro cittadinanza. Esamineremo brevemente la situazione che porta a queste tragedie.

La globalizzazione vuole apparire agli occhi dell’opinione pubblica internazionale come un processo di potenziamento della democrazia e del libero mercato, tendente a raggiungere l’universalità del sistema politico e la libera circolazione di prodotti e capitali nel mondo, ponendo fine alle restrizioni attuali che i promotori di questa tesi associano al clientelismo e alla corruzione e cercando di migliorare la qualità e la produttività dell’economia mondiale, con gli effetti positivi che questo avrebbe sul benessere della popolazione<sup>246</sup>.

Tuttavia, questa descrizione del fenomeno non riflette la realtà. La globalizzazione non ha carattere universale. La maggior parte delle operazioni economiche si realizzano tra i paesi del Primo Mondo, escludendo gli altri continenti, come accade con la quasi totalità dell’Africa, isolata dal piano del progresso che la globalizzazione sostiene di rappresentare e, ancor peggio, trasformata in un luogo da cui numerose multinazionali possono procurarsi i moderni schiavi. Anche in America Latina “il processo di globalizzazione ha portato alla sostituzione della politica con il mercato come massima istanza di regolazione sociale. Nel suo funzionamento, ha maggiormente evidenziato la precarietà e l’esclusione sociale in vaste regioni del continente”<sup>247</sup>.

-----  
246. Benhabib afferma che “oggi affrontiamo la galoppante espansione in tutti gli angoli del mondo del «nostro» modo occidentale di vita. Ciò trova con frequenza la sua giustificazione nella scusa della ragione dell’occidente e nell’*Illuminismo* per collocare altre culture sotto l’influenza di un capitalismo globale in egualitario, i cui effetti non sono, in modo evidente, né razionali, né umani. Il lascito del razionalismo occidentale è stato più volte usato e abusato dalle istituzioni e delle pratiche che non sopportano lo scrutinio della stessa ragione che dichiarano di espandere. Dato che il pianeta sta diventando sempre più un mondo unico, diventa sempre più urgente capire come si possono conciliare le pretese di universalità con le diverse forme di vita”. (Benhabib, S., *Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos*, in *Isegoría*, Revista de Filosofía moral y política, N° 39, 2008, p. 179). Allo stesso modo, Francesco Viola afferma che “la globalizzazione è in realtà una glocalizzazione, cioè l’espansione mondiale di aspetti di una cultura locale” (Viola, F., *Diritti umani e globalizzazione dei diritto*, op. cit., p. 8).

247. Pisarello, G., Del Cabo, A., *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, op. cit., p. 76.

L'assenza di interventzionismo statale, che si associa alla globalizzazione, è un'altra delle sue fallacie, in quanto tale intervento statale continua ad esistere, ma è indirizzato verso gli interessi delle multinazionali e delle grandi imprese. In questo modo, si controllano gelosamente i mutamenti monetari, come l'inflazione, per imporre una stabilità economica più utile alle compagnie finanziarie, ma svantaggiosa per il cittadino, che chiede l'intervento statale per avere una qualità di vita conforme alla sua dignità.

Allo stesso modo e di fronte "la globalizzazione umana" dei nostri giorni che porta milioni di diseredati a cercare un futuro nei Paesi ricchi, "si impongono dure leggi migratorie", che tollerano l'arrivo di immigranti, i quali accettano contratti di sfruttamento pratico offerti dalle imprese che non trovano connazionali disposti a farlo e, allo stesso tempo, negano loro prestazioni reali e diritti essenziali. Vale a dire, lo Stato controlla in maniera rigida l'immigrante", dandogli come unica opzione per lasciare il suo depauperato paese, quella di accettare lo sfruttamento lavorativo e ciò a condizione che tale Stato abbia bisogno della loro forza lavoro, perché, in caso contrario, chiuderà le frontiere seguendo politiche "di diritto alla forza e alla persecuzione dell'immigrante legale o illegale fino alla morte"<sup>248</sup>. In tal modo si evidenzia nuovamente che "la globalizzazione, o molti dei fenomeni ad essa associati, vanno verso una direzione totalmente antigarantista: maggior abbandono e meno diritti"<sup>249</sup>.

La libertà di mercato, della quale parlano i sostenitori della globalizzazione è, in effetti, difficilmente difendibile se si analizza la situazione dei settori come quello della comunicazione, controllato da alcune holdings, o quello del consumo, in cui la commercializzazione della maggior parte delle risorse del pianeta si realizza in condizioni di oligopolio, che trasgrediscono i diritti alla salute e all'informazione dei consumatori e mettono a rischio il futuro delle generazioni che danneggeranno gravemente l'ambiente<sup>250</sup>.

-----  
248. Pisarello, G., Del Cabo, A., *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, op. cit., p. 62.

In questo senso, Prieto Sanchís afferma, con una certa giustificata ironia, che lo *ius migrandi* che portò Francisco de Vitoria a giustificare la colonizzazione dell'America, può essere oggi utilizzato dalla sua popolazione per cercare un futuro in Europa (Prieto Sanchís, L., *Los derechos fundamentales en la época del constitucionalismo*, op. cit., p. 168).

249. Ibid., p. 162.

250. In tal senso, si veda Idoyaga, P., Ibarra Güell, P., *Racionalidad democrática, transmisión ideológica y medios de comunicación*, in *Zer, Revista de estudios de comunicación*, 1998. Come sottolineano gli autori, l'impatto del monopolio nella democrazia e nel pluralismo è nocivo. "In seguito all'azione di giornali, televisione e altri mezzi di informazione, il pubblico è cosciente o incosciente, presta attenzione o è distratto, enfatizza o passa avanti, elementi specifici degli scenari pubblici. La gente tende ad includere o escludere dalla sue conoscenze ciò che i media includono o escludono dal loro contenuto. Il pubblico, inoltre, tende a dare importanza a ciò che i mass media più enfatizzano: avvenimenti, problemi, persone".

Come esempio delle conseguenze negative della globalizzazione economica, si veda Guimaraes Polis, R., *Las perspectivas del comercio justo ante una globalización asimétrica y con creciente desigualdades sociales*, in *Revista académica de la Universidad Bolivariana*, N° 13, 2006. Nell'opera si analizza la "globalizzazione asimmetrica" che sta degenerando in gravi



In riferimento a ciò, “Salah ha identificato quattro settori di intervento pubblico nei quali la decadenza della sovranità dello Stato di fronte alle esigenze di globalizzazione, sarebbe più evidente: il controllo dei flussi monetari e finanziari, i problemi ambientali, il controllo dell’informazione e il controllo delle imprese multinazionali”<sup>251</sup>. In ultimo, parlare di interdipendenza come garanzia del fatto che la globalizzazione favorisca l’umanità, è un insulto all’intelligenza, data l’enorme differenza di potere che esiste tra potenze come gli USA e le multinazionali e il resto degli agenti, che a volte non hanno altro rimedio che sottomettersi ai loro interessi o sprofondare sempre più nella miseria.

Questa situazione ci sta portando a una pericolosa degradazione del costituzionalismo, che si manifesta nella messa in discussione dei suoi pilastri fondamentali. La globalizzazione distrugge il carattere irrinunciabile dei diritti fondamentali, relativizzandolo fino al punto di consentire che siano svenduti da chi li possiede in condizioni leonine, quando la loro precaria situazione vitale, frutto dell’ingiustizia che domina il pianeta, li costringa a farlo<sup>252</sup>.

Allo stesso modo, la *vocazione costituzionale nel suo essere un confine di fronte ai poteri pubblici e privati allo scopo di evitare abusi ai diritti della cittadinanza*, si esaurisce pericolosamente nella logica mercantile attuale che domina il mondo, e che sta iniziando a contaminare anche la legislazione basilare di numerose nazioni<sup>253</sup>.

Oggi, “sono i ‘mercati’ ad imporre le scelte di politica economica e, pertanto, chi disegna il modello di società (...). Il fatto di acconsentire diventa, in alcune occasioni, un puro atto formale. Possono gli Stati permettersi il lusso di non partecipare agli accordi commerciali conclusi in seno all’OMC, anche se non favoriscono i loro interessi (il danno economico

-----  
problemi ambientali, nella concentrazione della ricchezza e del potere economico nelle mani di una minoranza e nel proseguimento della miseria e dello sfruttamento nei paesi in via di sviluppo.

251. Hinojosa Martínez, L. M., *Globalización y soberanía de los Estados*, in *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 10, 2005, p. 6.

252. “Nella nostra società, lo Stato ha perso la sua sovranità nella determinazione delle politiche economiche, il che sposta l’equilibrio fragile tra il principio di mercato e quello sociale fino all’egemonia del primo. La popolazione, senza diritti sociali, perde il suo poter di negoziazione come forza sociale e ciò rafforza la capacità di dominazione del potere economico, che non ha più la necessità di distribuire la ricchezza e la pace sociale. In questo contesto, il deterioramento dello Stato sociale e della cittadinanza fa sì che il potere economico - con l’aiuto del potere mediatico - diventi l’unico potere effettivo per l’uso e il controllo totale del nostro pianeta.” (Vicente Giménez, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 68).

253. Lucas, J. De, *La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50° aniversario de la Declaración del '48)*, in *Jueces para la Democracia*, 32, 1998, pp. 3 e segg.

Prieto Sanchís analizza anche la globalizzazione economica a causa della quale “gli Stati sono obbligati a rinunciare al loro *imperium*, alla loro facoltà decisionale per trasformarsi in soggetti di mercato; soggetti che competono per ottenere il favore di compagnie o poteri transazionali”, il che distrugge le garanzie contro gli abusi di mercato (Prieto Sanchís, L., *Los derechos fundamentales en la época del constitucionalismo*, op. cit., p. 161).

potrebbe essere maggiore se non si partecipa)? È possibile per gli Stati che richiedono l'aiuto del FMI (fondo monetario internazionale) per mantenere una politica economica indipendente?"<sup>254</sup>.

In questo contesto, assume particolare importanza l'esigenza, espressa da Niklas Luhman, secondo la quale "l'economia deve rispettare i processi politici di costruzione del potere legittimo, che sostiene la decisione vincolante dello Stato"<sup>255</sup>.

Tutto ciò sfocia nella creazione di un costituzionalismo commerciale<sup>256</sup>, al servizio degli interessi economici delle grandi potenze e multinazionali, la cui pietra angolare non è la volontà popolare, ma le norme generate dalle élite economiche e dagli organismi che controllano; il cui fine non è il bene generale, ma il raggiungimento dei loro obiettivi a qualsiasi costo.

Parliamo di un costituzionalismo che ignora ciò che è stabilito nella stessa costituzione e che permette la degenerazione incontrollata della legislazione infracostituzionale, aprendo le porte all'usura e allo sfruttamento. Ferrajoli definisce la situazione attuale come "un neoassolutismo regressivo che si manifesta, da un lato, con il ritorno alla guerra come strumento di soluzione delle crisi internazionali e del governo politico del mondo e, dall'altro lato, con l'assenza di regole apertamente accettate dal capitalismo globalizzato attuale, come una sorta di nuova *grundnorm* del nuovo ordine economico internazionale"<sup>257</sup>. Di fronte a questa realtà, è chiara la necessità di una risposta giuridica che faccia fronte alle minacce della globalizzazione.

I valori e il sistema giuridico rappresentati dal *neocostituzionalismo* costituiscono la migliore barriera contro questa minaccia. L'alternativa a queste nuove sfide non può essere che un rafforzamento dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali e della sovranità dei popoli. Come ben dice Greppi: "se nuovi saperi generano forme sconosciute di potere; se questi poteri sono distribuiti in modo sempre più diseguale e si installano in luoghi sempre più lontani da qualsiasi

---

254. Hinojosa Martínez, L. M., *Globalización y soberanía de los Estados*, op. cit., pp. 5 e 7. Nello stesso senso, Pérez Hualde riconosce che oggi i diritti devono rivendicarsi di fronte "ai gruppi economici che, in molti casi (...), superano il potere dello Stato" (Pérez Hualde, A., *El sistema de derechos humanos y el servicio universal*, in Embid Irujo, A., (dir.) *Derechos económicos y sociales*, Iustel, Madrid 2009, p. 103).

Così, come denuncia Ferrajoli, "le multinazionali mettono gli Stati in competizione pretendendo meno tasse, minori garanzie ai lavoratori, meno spese sociali, meno limiti e vincoli agli interessi dello Stato, come condizioni per il loro investimento. Ferrajoli, L., *Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional*, in Atienza, M. e Ferrajoli, L., *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, p. 115.

255. Luhman, N., *I diritti fondamentali come istituzione*, ed. Dedalo, Bari 2000, p. 180.

256. Pisarello, G., Del Cabo, A., *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, op. cit., pp. 28 e segg.

257. Ferrajoli, L., *Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional*, op. cit., p. 118.

controllo, è auspicabile che appaiano nuovi diritti con la funzione di imporre limiti al potere incontrollato e di generare spazi di uguale libertà”<sup>258</sup>.

Allo stesso modo, bisogna opporre, come abbiamo già evidenziato nel capitolo precedente, “l’incostituzionalità della deliberazione” all’incostituzionalità della delegazione nel potere politico, giacché in tal modo si afferma l’idea di soluzioni dibattute su quella di salvezze messianiche”<sup>259</sup>. Tutto ciò, partendo dal presupposto che “al di là delle tecniche (come il costituzionalismo), che possono ideare per proteggersi, le società alla fine non contano che su se stesse”<sup>260</sup>.

---

258. Greppi, A., *Los viejos y los nuevos derechos fundamentales*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 4, Nº 7, 1999, p. 298.

259. Pisarello, G., Del Cabo, A., *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, op. cit., p. 81.

260. Ibid., p. 83.

**CAPITOLO IV. IL GIUDICE COME GARANTE DELLA COSTITUZIONE:  
LEGITTIMAZIONE E LIMITI DELLA SUA DISCREZIONALITÀ  
DA UNA PROSPETTIVA NEOCOSTITUZIONALISTA**

**1. La proiezione dei principi costituzionali sulla realtà giuridica: supremazia della costituzione, discrezionalità del legislatore e ruolo del giudice**

**1.1. I principi costituzionali come cuspide reale dell'ordinamento**

Secondo quanto abbiamo sostenuto nel corso del nostro lavoro, uno dei tratti più caratteristici del neocostituzionalismo è il ruolo particolarmente attivo che si concede al giudice al momento di applicare il diritto, una potestà derivata dall'immenso valore che acquisiscono i principi costituzionali nel nuovo modello di ordinamento. Morrone afferma, con ogni ragione, che nel costituzionalismo contemporaneo la norma fondamentale si caratterizza per essere una somma di principi costituzionali "dotati di carattere deontologico non solo perché positivamente stabiliti, ma soprattutto perché assiologicamente fondati". E allo stesso tempo, la costituzione è chiamata a ispirare ogni ordinamento, trasformandosi nella sua vera cuspide. Pertanto la ponderazione tra principi si impone al giurista come qualcosa di "pre-dato" e non come il frutto di qualche teoria particolare<sup>1</sup>.

Così "si produce il superamento del principio stabilito da Rousseau secondo il quale la libertà si protegge per mezzo della legge, attraverso l'idea bisogna difendere le libertà proclamate costituzionalmente dagli abusi delle leggi che regolano il loro esercizio"<sup>2</sup>, promuovendo in definitiva un "tentativo di giuridificare la democrazia"<sup>3</sup>. Ciò che Prieto Sanchís denomina l' "onnipotenza giudiziaria", propria dello Stato costituzionale di Diritto, "non si circoscrive più a delle sfere di relazione giuridica, ma si estende in lungo e in largo in tutto il sistema".

-----  
1. Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001, p. 276.

L'autore continua ad affermare che "i principi rappresentano normalmente la traduzione di valori ritenuti fondamentali, all'interno di una determinata società organizzata giuridicamente, ovvero il punto di incontro tra valore materiale e il più alto grado di validità formale." (Ibid., p. 278). Di conseguenza, la Costituzione attuale si caratterizza per basarsi su "valori condivisi" e sulla "progettualità" di un nuovo ordine giuridico che si imponga *ex novo* nello Stato e nella Società." (Ibid., p. 485).

2. Agudo Zamora, M., *El modelo institucional europeo de justicia constitucional*, in *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, coord. da Pablo Pérez Tremps, 2007, p. 225.

3. Aragón Reyes, M., *Constitución y derechos fundamentales*, in *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998, p. 150.

L'autore evidenzia che "non è vero, neanche nel costituzionalismo, che la legge è una semplice esecuzione del testo costituzionale, però sì è vero che questo impregna qualsiasi materia oggetto di regolazione legale, e allora la soluzione che tale regolazione offrirà non si vedrà mai totalmente scevra dalla valutazione giudiziale alla luce della costituzione"<sup>4</sup>. Di conseguenza, *è un tratto inerente a ogni sistema neocostituzionalista la coesistenza tra principi e regole o norme giuridiche inferiori, e il protagonismo del giudice al momento di determinare l'applicazione dei primi e la sua influenza sulle seconde*. A continuazione procederemo all'analisi di entrambi i tipi di disposizioni normative.

I principi costituzionali rappresentano la positivizzazione dei valori sui quali si regge la convivenza sociale, e proprio in questa essenza, che li lega all'accordo basilare su cui la comunità politica decide di reggersi, si trova la ragione della sua capitale importanza, una ragione che embrica anche la giustizia del suo contenuto. Come abbiamo segnalato nel corso di questo lavoro, si rivela indispensabile associare la validità della costituzione a qualcosa di più che a questo semplice consenso, vale a dire, a una giustizia inerente alla protezione e alla promozione della dignità della persona<sup>5</sup>.

In tal modo, e sintetizzando quanto già esposto possiamo affermare che l'ordinamento giuridico neocostituzionalista viene concepito come una piramide di essenza materiale: i principi costituiscono la cuspide e devono ispirare tutti i livelli normativi inferiori, in modo che ogni norma (o interpretazione normativa) non possa contraddirli<sup>6</sup>, e inoltre debba promuovere la

-----  
4. Prieto Sanchís, L., *Los derechos fundamentales en la época del constitucionalismo*, in *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, coord. da Faustino Gutiérrez-Alviz, tomo 1, (*La tercera generación de derechos fundamentales*), CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2009, p. 152.

5. Così, dalla dottrina spagnola, García de Enterría ritiene che i principi generali del diritto trasformano i precetti assoluti di diritto naturale in concetti tecnici e tecnicizzati, e all'interno degli stessi distingue tra principi provenienti dal diritto naturale, principi espressione dell'ordine politico concreto, e principi di carattere istituzionale o strettamente tecnico. In questo modo, distingue tra principi superiori (giustizia, dignità umana, libertà ed eguaglianza) e istituzionali che si articolano intorno a un nucleo istituzionalizzato dato, il quale manca dell'universalità di quelli precedenti (García de Enterría, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Civitas, Madrid 1984, pp. 63-64 e 133-134).

A tal proposito, e dalla nostra posizione, dobbiamo considerare che difendere un contenuto materiale minimo di ogni costituzione non implica di accettare i postulati del diritto naturale (così come abbiamo esposto nel secondo capitolo), ma semplicemente sottolineare l'indispensabile connessione tra un quadro di convivenza umana e i beni umani più preziosi.

6. "Il nucleo della considerazione come legittimo dell'esercizio dei poteri pubblici risiede oggi nel fatto che questi siano capaci di perseguire – e di raggiungere – obiettivi sociali, senza ledere i diritti fondamentali degli individui. Il raggiungimento di questo difficile equilibrio – che sarà il principio regolatore del giurista contemporaneo – dipenderà, in larga misura, dal fatto che si sviluppi una teoria e una pratica dei principi giuridici." (Atienza, M., Manero, J. L., *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, 2ª ed., Barcelona 2004, p. 50).

sua vigenza nella società. Parliamo di una frontiera di principi politico-morali che limiterà il margine di decisione del legislatore, ma senza impedire l'esercizio del pluralismo politico, giacché "In una società pluralista, come quella attuale, la costituzione esercita il ruolo di piattaforma di partenza (...) a partire dalla quale si possono sviluppare vari progetti politici"<sup>7</sup>.

Tralasciando il contenuto dei principi, soffermiamoci adesso sull'analisi tecnica. Abbiamo appena segnalato l'imprecisione come uno dei tratti essenziali dei principi, che li distingue dalle regole. Ciononostante, ci sono autori che rifiutano la distinzione menzionata tra regole e principi. Aarnio distingue tra regole (R), regole che sembrano principi (RP), principi che sembrano regole (PR) e principi (P), e afferma che "la distinzione tra regole e principi è solo una questione di grado di imprecisione, e d'altra parte non ci sono frontiere semplici e chiare tra i sottogruppi che costituiscono le quattro categorie (R, RP, PR, P). Al contrario, l'applicabilità di una norma si dissolve progressivamente da un segmento all'altro. Una norma può, come conseguenza, essere più RP che PR, e viceversa"<sup>8</sup>. Di conseguenza, secondo l'autore, l'imprecisione può manifestarsi tanto nelle regole quanto nei principi che "possono avere teoricamente lo stesso grado di inesattezza e per tanto risulta impossibile separarli in categorie linguistiche nitidamente distinte"<sup>9</sup>.

-----  
7. Ansuátegui Roig, F. J., *¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli*, in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año n. 1, Nº 2, 1993-1994, p. 117.

Ricordiamo che ogni patto costituente ha bisogno della conciliazione di ideologie molto diverse per ottenere il consenso necessario, e ciò porta alla creazione nel testo costituzionale di principi che possono facilmente entrare in conflitto, oltre ad essere esplicitamente generici e suscettibili di interpretazioni molto diverse. In questo senso, Zagrebelsky nota che il Diritto costituzionale attuale contiene "molteplici promesse" e le costituzioni flessibili "suscettibili di essere modificate legislativamente" si consideravano "un punto di partenza e non di arrivo." (Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid 2005, p. 15).

Questo sì, un punto di partenza che non potrà mai allontanarsi dal rispetto alla dignità umana in onore all'accordo. "Non si tratta assolutamente di una rinuncia, come si potrebbe pensare se si avesse in mente un'idea meschina e povera del "giusto mezzo", nel senso della *aurea mediocritas*. Si tratta, al contrario, di una maggiore pienezza di vita costituzionale che non deve mantenersi con l'atteggiamento rassegnato di chi si piega a una necessità in attesa di tempi migliori per restaurare una concezione costituzionale semplificata, meno basata sul compromesso e, pertanto, in questo senso, forte. Una pienezza di vita che esige comportamenti moderati (una *aurea medietas*), però positivi e costruttivi, e che si possano mantenere con la coscienza di chi sa che questo ideale corrisponde a una visione della vita e a un *ethos* in qualche modo spregevole." (Ibid., pp. 17 e 31).

Nella stesso senso distingue Zagrebelsky che "la legge, intesa nella sua interpretazione giurisprudenziale (e non, pertanto, come "la legge sui libri"), è una dimensione del diritto che oggi si impone su qualsiasi considerazione, in quanto al diritto stesso è sempre più con maggior frequenza prodotto di impegni multilaterali tra posizioni politiche, ideologiche, sociali, e a volte intenzionalmente poco precise, nelle quali l'equilibrio effettivo tra i diversi aspetti dell'impegno rimane frequentemente nella decisione del giudice. Ed è sempre con maggiore frequenza il giudice, al posto del legislatore, colui che regola i conflitti sociali". (Zagrebelsky, G., *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*, in *Revista del Centro de estudios constitucionales*, Año n ° 6, Nº 1, 2008, p. 335).

8. Aarnio, A., *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, in *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 4, 2000, pp. 596-597.

9. Ibid., p. 597.

È chiaro che la genericità non è esclusiva dei principi. Molteplici norme includono, nonostante la loro particolare concretezza, concetti generici (“indennizzo sufficiente”, “beni di scarso valore”, “entro i limiti del ragionevole”, etc.) La particolarità dei principi è che esprimono concetti generali con la vocazione di ispirare ogni ordinamento o settore dell’ordinamento. Ossia, non danno direttrici per identificare una determinata categoria (di beni per esempio), che sarà rilevante ai fini di parecchie disposizioni normative, ma costituiscono i pilastri, le linee maestre, il denominatore comune ispiratore di tutto un diritto o di una delle sue branche. In tal modo, “solo i principi svolgono un ruolo propriamente costituzionale”, vale a dire, “costitutivo” dell’ordine giuridico. Le regole, anche se sono scritte nella costituzione, non sono altro che “leggi rinforzate per la loro speciale forma”. Da una prospettiva generale, le regole “ci dicono come dobbiamo, non dobbiamo, possiamo agire in determinate situazioni specifiche previste dalle regole stesse; i principi, direttamente, non ci dicono nulla a tale riguardo, però ci forniscono dei criteri per prendere posizione innanzi a situazioni concrete, ma che a priori sembrano indeterminate”<sup>10</sup>. Così “anche se non si stabilisce esplicitamente, in ogni principio si stabilisce l’imperativo “prenderai posizione di fronte alla realtà conforme a ciò che proclamo”<sup>11</sup>. Vale a dire, al momento della loro applicazione, le regole determinano il criterio di una decisione, su una situazione concreta mentre i principi da soli non danno una soluzione, ma devono mettersi in relazione con altre ragioni, regole e altri principi, per sviluppare la loro virtuale funzione direttiva.

Alexy sottolinea un altro dei tratti distintivi dei principi: questo tipo di norme si distingue dalle semplici regole giuridiche in cui queste ultime “possono solo essere compiute o meno. Se una regola è valida, allora bisogna fare esattamente ciò che essa esige, né più, né meno”<sup>12</sup>. Al contrario i principi “possono essere compiuti su diversi gradi, e (...) la misura dovuta del loro adempimento non dipende solo dalle possibilità reali, ma anche da quelle giuridiche. L’ambito delle possibilità giuridiche è determinato dai principi e dalle regole opposte (...). I conflitti di regole si portano a termine nella dimensione della validità; la collisione dei principi – poiché possono entrare in collisione solo principi validi – ha luogo al di là della dimensione della validità, nella dimensione del peso”<sup>13</sup>. Vale a dire, in astratto, tutti i principi sono validi, e in uno stesso caso concreto possono influire diversi principi in forma diversa, poiché la prevalenza

-----  
10. Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 110.

11. Ibid., p. 119.

12. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 87.

13. Ibid., pp. 86 e 69.

di uno non annulla l'influenza degli altri<sup>14</sup>. Tuttavia, alcune regole possono essere, almeno in apparenza, oggetto di applicazione graduale. Nel processo penale, quando la norma stabilisce pene di un determinato margine (da 6 mesi a 2 anni), la sanzione è oggetto di interpretazione graduale, in modo che, da una prospettiva ideale, la pena oggettivamente adeguata può non coincidere con quella imposta e, di conseguenza, la norma punitiva non avrà raggiunto il suo totale grado di adempimento. Davanti a ciò, Alexy risponde che le regole esigono un "adempimento pieno" e "contengono per questo determinazioni nel campo del possibile fattualmente e giuridicamente" (al margine di pena, dipendendo dalla gravità dei fatti), cosa che non contraddice la loro natura, poiché essendo questi condizionamenti determinati nel loro stesso testo (o in quello di norme relazionate, come l'articolo del codice penale che raccoglie le circostanze aggravanti) il compimento pieno della regola in ogni caso si identificherà con ciò che risulta dall'analisi di tali determinazioni che fanno parte della loro stessa essenza<sup>15</sup>.

Continuando con la distinzione tra principi e regole, analizziamo adesso il contributo di Dworkin. Questo autore indica, in accordo a quanto detto da Alexy, che "le norme sono applicabili in modo disgiuntivo", vale a dire, che nel caso di conflitti tra regole, una di esse perde la propria validità od opera come eccezione, finché il conflitto tra principi non si risolva mediante la ponderazione, che è un esercizio nel quale si valuta "il peso o l'importanza"<sup>16</sup> degli stessi. In questo modo, la distinzione tra regole e principi si mostra chiaramente nei casi di collisione di principi e di conflitto di regole, anche dalla prospettiva dei metodi da impiegare per la loro soluzione. In entrambi i casi, ognuno delle norme coinvolte, se si applicano indipendentemente, conducono a risultati incompatibili, ossia, a due giudizi di dover essere giuridico contraddittori; tuttavia, esistono differenza nella forma in cui si risolve il conflitto: mediante la ponderazione, nel caso dei principi, o attraverso i classici principi di gerarchia, specialità o *prior tempore potior iuris*, in quello delle regole<sup>17</sup>.

Fermiamoci brevemente sul metodo della ponderazione, che sarà esposto con maggiore attenzione più avanti. È evidente che nelle costituzioni attuali "la pluralità di principi e l'assenza

-----  
14. Per esempio, un cittadino può rivendicare un esercizio eccessivo della propria libertà di espressione, un diritto fondamentale, ma questo gli si può negare giudizialmente per essere più rilevante il diritto fondamentale all'onore di un'altra persona danneggiata dalle sue espressioni, tuttavia mentre gli viene negato, gli si offrirà un'alternativa in cui la sua libertà di espressione potrà essere esercitata senza ledere ingiustamente l'onore dell'altro, cosa che riflette l'influenza costante che in tutto il processo ha avuto tale libertà, senza essere annullata nonostante il maggior peso del diritto all'onore.

15. Alexy, R., *Derecho y razón práctica*, Distribuciones Fontamara, México DF, 1998, p. 12.

16. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona 1984, pp. 75 e 77.

17. Ruiz Ruiz, R., *La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española*, in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 10, 2006, p. 57.



di una gerarchia formale tra loro fa sì che non possa esistere una scienza sulla loro articolazione, ma una prudenza sulla loro ponderazione”<sup>18</sup>. Come abbiamo già indicato, i principi, di per sé, non possono offrire ragioni definitive per prendere una posizione dinanzi a un conflitto concreto: avranno sempre bisogno di norme concrete, ed è il giudice colui che, alla luce dei principi, della regola da applicare e della realtà fattuale, deve decidere fino a che punto può avvicinarsi agli ideali che questi contengono. Secondo le parole di Guastini, i principi sono “costitutivamente indeterminati” e fissano solo relazioni transitive tra le norme dopo che il “discorso applicativo” li mette in relazione con un determinato caso”<sup>19</sup>. Così, ogni principio costituzionale deve godere della validità *prima facie* derivata dalla sua correttezza morale e dalla sua accettazione da parte della cittadinanza. Tuttavia, questo non significa che debba essere applicato pienamente a tutti i casi che, inizialmente, potrebbero relazionarsi ad esso. Saranno i dettagli del caso concreto quelli che determineranno la sua applicazione totale o parziale<sup>20</sup>. Nel punto 3.2 di questo capitolo analizzeremo più dettagliatamente l’aspetto della ponderazione.

D’altra parte, da una prospettiva meramente pratica, i principi si rivelano imprescindibili per l’efficacia e la corretta applicazione del diritto a ogni caso concreto, poiché permettono di colmare le inevitabili imprecisioni e i vuoti di alcune regole che non possono prevedere tutti i casi particolari che si verificano nella realtà<sup>21</sup>, ma assicurano inoltre l’evoluzione del diritto senza dover riformare la costituzione. Secondo Dworkin, le clausole costituzionali imprecise sono state elaborate così in modo deliberato dal legislatore, allo scopo di ottenere delle soluzioni adatte al caso concreto, moralmente giuste e conformi all’evoluzione della società<sup>22</sup>.

18. Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 125.

19. Guastini, R., *Enunciati interpretativi*, in *Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, n. 2, 1997, p. 40.

20. Moral Soriano definisce questa tesi nei seguenti punti “1) Tutte le norme sono valide, se sono state accettate sotto circostanze che rimangono invariabili per ogni situazione di applicazione. 2) Queste norme sono ragioni *prima facie* applicabili, perché sono insufficienti per sostenere la loro applicazione a una situazione concreta, o in altre parole, la loro validità non contiene la loro applicazione. 3) Le norme valide si scontrano tra loro quando si considerano gli aspetti rilevanti di una situazione di applicazione concreta. Quindi inizia un’attività discorsiva, diversa da quella della validità, che pretende l’applicazione adeguata di una delle norme in conflitto.” (Moral Soriano, L. M., *La aplicación adecuada del Derecho*, in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año n. 4, Nº 7, 1999, p. 363).

21. Zagrebelsky critica che “Quando il sistema legislativo zoppica – cioè non mantiene il passo delle richieste sociali – concedendo unicamente leggi, non si può far altro che continuare a legiferare. E, in questo modo, si finisce per voler far fronte alla debolezza della legge con altre leggi. Non è soltanto un circolo vizioso che, alla fine, lascia le cose come stavano; è una spirale che conduce verso il basso, al logoramento della legge, all’erosione progressiva del senso di legalità. Si spiega con una proporzione perversa: quante più leggi, più illegalità” (...). La forza della legge, di per sé, non distingue diritto da delitto.” (Zagrebelsky, G., *La ley, el derecho y la constitución*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n. 24, Nº 72, 2004, pp. 15 e 19).

22. L’autore afferma che: “Se coloro i quali promulgarono le clausole ampie avessero avuto l’intenzione di formulare concezioni particolari, avrebbero trovato il tipo di linguaggio che convenzionalmente si usa per farlo; vale a dire, avrebbero presentato teorie particolari dei concetti in questione (...). Le clausole sono imprecise se le consideriamo come tentativi malfatti, incompleti o schematici di enunciare determinate concezioni. Se le prendiamo come appelli a concetti morali, non potrebbero più

Sarebbe utopico e direttamente irrealizzabile pretendere un ordinamento giuridico composto da un'innumerabile legione di leggi, capaci di abbracciare ogni caso giuridico pratico che possa verificarsi nella realtà. Come riconosce Fuller, la legge possiede evidenti carenze nella pratica, giacché, in numerosi casi, il legislatore non include neanche in essa correttamente i casi generali che pretendeva e, visto questo stato di cose, aspirare a raccogliere in norme tutte le particolarità che influiranno nell'applicare un precetto giuridico più generico, in modo che esista una legge per ogni caso concreto giuridicamente rilevante, che il mondo reale possa offrirci, risulterebbe così impensabile come pretendere di contare i granelli di sabbia di tutte le spiagge del mondo. L'atomizzazione dell'ordinamento in regole ed eccezioni è inaccettabile, poiché nessun legislatore può discernere quanti casi possono arrivare a verificarsi nella pratica. Lo stesso Fuller ammette che la legge possiede una certa imprecisione, sempre che questa non occulti il suo "punto cruciale", in modo da risultare impossibile interpretarla<sup>23</sup>. Il lavoro creativo del giudice non è per questo autore di per sé negativo, ma si deve giudicare in relazione alla giustizia e alla fedeltà verso il diritto delle soluzioni che offre nelle sue sentenze.

Vediamo così che la negazione dei principi darebbe luogo a una attività giudiziaria inefficace, cieca e arbitraria. Andrés Ibáñez sostiene, di fronte a coloro che vedono i principi come una porta aperta all'onnipotenza del giudice e alla sua imposizione sulla volontà del legislatore democratico, "paradossalmente, lo stesso carattere proteiforme e progressivamente non sistematico dell'universo normativo applicabile amplia lo spazio aperto alla discrezionalità giudiziale, il ventaglio delle opzioni giurisprudenziali possibili e di conseguenza il protagonismo del giudice"<sup>24</sup>. Vale a dire, l'assenza di alcuni principi comuni, che orientano il lavoro del giudice, autorizzano questi, quando il testo della legge non è indiscutibilmente chiaro, a optare per le soluzioni più singolari, ingiustificabili e contraddittorie, generalizzando così l'incertezza delle decisioni giudiziali e l'arbitrarietà che comporta: ogni cittadino sarà condizionato dalle preferenze e dai capricci del giudice che studi il suo caso il quale, in assenza di alcuni principi superiori che reggono la sua attività, applicherà con ogni probabilità quelli della sua morale personale. Di conseguenza, il cittadino sarà sottomesso al capriccio del giudice, invece che a un diritto comune di origine democratica.

-----  
servire per quanto potrebbero essere descritte." (Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op.cit., p. 216).

23. Fuller, L., *La moral del Derecho*, Ed. Trillas, México 1967, p.101.

24. Andrés Ibáñez, P., *¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo*, in *Doxa* 15-16, 1994, p. 871.

## 1.2. Principi costituzionali, discrezionalità giudiziale e democrazia

La limitazione della libertà assoluta del legislatore nell'esercizio delle sue funzioni è, come abbiamo già visto, uno dei tratti più evidenti del neocostituzionalismo. Alexy definisce la dimensione ideale di questa discrezionalità mediante ciò che denomina “metafora della cornice”. Secondo l'autore “la cornice è ciò che è ordinato e proibito. Tutto quello che si affida alla discrezionalità del Legislatore, ossia, ciò che non è ordinato né proibito, è quello che si trova all'interno della cornice. Dunque, tutto ciò che è discrezionale definisce il margine d'azione del Legislatore”<sup>25</sup>. In questo modo, il legislatore ha un margine d'azione strutturale (definito dai limiti reali della costituzione), e un altro epistemico (condizionato dalla capacità del legislatore e dei tribunali di conoscere il contenuto della costituzione e identificare i suoi limiti).

Una costituzione impegnata con la sovranità popolare, e allo stesso tempo con la dignità del cittadino, deve essere ordine cornice, concedendo libertà di decisione al legislatore, ma anche ordine fondamentale, non in senso quantitativo (vale a dire imponendo una sola risposta a tutte e ad ognuna delle decisioni del legislatore), ma qualitativo (cioè, determinando una serie di valori e obiettivi fondamentali che il legislatore deve rispettare e promuovere, concedendogli al di là di questa esigenza un margine di libertà affinché prenda le proprie decisioni)<sup>26</sup>.

I critici con il blindaggio costituzionale di determinate questioni adducono che, con questa opzione giuridico-politica, strappa al popolo la possibilità di esprimere la propria volontà rispetto ad esse, imponendo che sia un giudice, senza legittimità democratica, a decidere sulle stesse<sup>27</sup>.

-----  
25. Alexy, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, Año n. 22, N° 66, 2002, p. 21.

26. Alexy, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 22-23.

Sulla stessa linea argomentativa Andrés Ibáñez afferma che “Il legislatore possiede una discrezionalità sostantiva per stabilire misure e determinare fini, ma mai una discrezionalità epistemica per interpretare la costituzione quando esista incertezza sul suo senso perfetto.” (Andrés Ibáñez, P., *Legalidad, jurisdicción y democracia*, in Andrés Ibáñez, P., Alexy, R., *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, México DF 2006, pp. 78 e segg.). Non parliamo di giudiziizzazione della politica, ma ciò che si controlla sono “delle abdicazioni e, soprattutto, alcune gravissime degradazioni criminali ben concrete della stessa.” (Ibid., p. 66).

27. Negli USA, cercando di evitare questa presunta mancanza di legittimità democratica, i giudici sono eletti dal popolo. In tal modo, i giudici statali si presentano all'elezione popolare mediante diversi metodi evidenziando la “partisan election” (li presentano i partiti), “non partisan” (formalmente si presentano in forma di indipendente), e “merit plan” (si presenta una terna da parte di commissioni, “composte da giuristi scelti dagli ordini professionali e da esponenti di partiti”, al governatore dello Stato, che li nomina, e poi al popolo che ratifica attraverso il voto tale nomina). I giudici federali sono nominati con vitalizio dal presidente, e con il consenso del Senato (De Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, vol. I, CEDAM, Padova 2001, p. 281). Risulta difficile sostenere che un giudice il cui incarico dipenda dai voti della maggioranza sarà imparziale e indipendente nel suo lavoro.

Questo porta autori come Escudero Alday ad affermare che “il potere che acquisisce l’organo competente per giudicare la costituzionalità delle norme – quello che comunemente è chiamato Tribunale Costituzionale – è enorme ed insostenibile, dato che la sua concezione della giustizia o della dignità può essere certamente diversa dalla maggioranza della popolazione, vale a dire, del potere legislativo che ha votato la legge. E se ne fosse il caso, si potrebbero dichiarare incostituzionali quelle leggi che, agli occhi dei membri del citato tribunale, risulteranno contrarie alla giustizia o alla dignità”<sup>28</sup>.

In base a quello che abbiamo sostenuto nel corso del nostro lavoro, è inerente alle costituzioni attuali il fatto di limitare il potere del legislatore su certe materie (essenzialmente i diritti fondamentali e il procedimento democratico), che sono basilari per salvaguardare la libertà e la dignità dei cittadini. Perfino i massimi difensori della democrazia sono d’accordo, senza restrizioni, su una cosa: il popolo non può decidere che la democrazia si estingua. Per questo, esiste un ambito sacro e intoccabile della costituzione: quello relativo alla definizione del procedimento democratico. Ciononostante, esistono molti procedimenti democratici possibili (dipendendo da vincoli come la legge elettorale vigente, per esempio), e il popolo è libero di optare per quello che considera più adeguato. Malgrado tutto, questi modelli di procedimento democratico devono avere un denominatore comune basato sul suffragio universale, che si afferma diventando indisponibile, cosa che implica di imporre una restrizione sostantiva alla volontà popolare. E se l’interesse generale giustifica la restrizione in questo caso, perfino se non esiste un accordo unanime in merito a tale restrizione, perché non deve farlo con altri d’importanza simile, consacrati nella costituzione, ed essenziali anche per raggiungere una democrazia reale, casi come i diritti fondamentali? Inoltre, il contrario supporrebbe di rinunciare alla stessa idea di costituzione, così come indica Nino<sup>29</sup>.

Nel fondo di ogni restrizione della libertà del legislatore, sostenuta dal neocostituzionalismo, si vuole salvaguardare la democrazia reale, sulla base di ciò che

---

28. Escudero Alday, R., *Los calificativos del Positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Thompson-Civitas, Madrid 2004, p. 203.

29. In questo senso, Nino indica, citando Marshall, che “ci sono solo due alternative troppo chiare per essere discusse, o la Costituzione controlla qualsiasi legge contraria ad essa, o la legislatura può alterare la Costituzione mediante una legge ordinaria. Tra queste alternative non ci sono termini medi: o la Costituzione è la legge Suprema inalterabile con mezzi ordinari o si trova sullo stesso livello delle leggi e in tal modo una qualsiasi di esse può essere riformata o restare senza effetto sempre che piaccia alla Camera. Se è vera la prima alternativa, allora una legge contraria alla Costituzione non è legge; se, invece, è vera la seconda, allora le costituzioni scritte sono assurdi tentativi del popolo per limitare un potere illimitabile per natura.” (Nino, C. S., *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 4, 1989, p. 79).

Ferrajoli denomina principio di “severa legalità”<sup>30</sup>. Partendo dal fatto che la democrazia esige il rispetto dei diritti fondamentali di ogni cittadino, come unica forma per assicurare la loro partecipazione politica, Nino ritiene che le restrizioni della discrezionalità legislativa, messe in atto dai giudici, facendo valere i principi costituzionali, sono imprescindibili affinché esista un’autentica democrazia<sup>31</sup>. Questa posizione è appoggiata da autori come Fioravanti<sup>32</sup>.

La chiave si trova nel dilemma di stabilire con esattezza fino a dove può continuare la discrezionalità del legislatore, e in quale punto è legittimo restringerla. Come segnala Utrera García, la tesi neocostituzionalista sulla prevalenza dei principi costituzionali attraverso l’azione del giudice (del giudice ordinario, ma anzitutto del giudice costituzionale, abilitato per annullare leggi e imporre mandati positivi di sviluppo della norma fondamentale al legislatore) “dovrà far fronte alle critiche che parlano del rischio di soggettività con la conseguente tendenza

-----  
30. “Il principio di pura legalità si limita in realtà a esigere che l’esercizio di qualsiasi potere abbia come fonte la legge come condizione formale di legittimità; il principio di severa legalità esige al contrario alla stessa legge che condizioni a determinati contenuti sostanziali la legittimità dell’esercizio di qualsiasi potere da essa istituito.” (Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995, p. 857). L’autore continua dicendo che “In questo senso, il garantismo, come tecnica di limitazione e di disciplina dei poteri pubblici diretta a determinare ciò che gli stessi non devono e ciò che devono decidere, può benissimo essere considerato il tratto più caratteristico (ma non formale) strutturale e sostanziale della democrazia: le garanzie, tanto liberali come sociali, esprimono in effetti i diritti fondamentali dei cittadini di fronte ai poteri dello Stato, gli interessi dei deboli rispetto a quelli dei forti, la tutela delle minoranze emarginate o discrepanti rispetto alle maggioranze integrate, le ragioni di quelli di sotto rispetto a quelli di sopra. Non esiste differenza, in tal senso, tra diritti di libertà e diritti sociali: anche i diritti sociali, come ogni volta si fa più evidente nei Paesi ricchi, in cui la povertà tende a trasformarsi in una condizione minoritaria, sono diritti individuali virtualmente contrari alla volontà e agli interessi della maggioranza.” (Ibid., p. 864).

31. “L’unica cosa che la maggioranza non ha la legittimità di decidere è la restrizione delle condizioni e dei presupposti che fanno del procedimento democratico un meccanismo adatto per trovare soluzioni corrette. La stessa maggioranza che potrebbe essere viziata da difetti nelle condizioni della discussione ampia, aperta e della decisione maggioritaria, è ovvio che non può decidere sul fatto se tali condizioni si verificano, perché tale decisione sarebbe interessata dagli stessi difetti di cui si starebbe discutendo, se si soddisfano o meno. È per questo che è necessario contare su organi indipendenti che controllino se tali presupposti e tali condizioni del procedimento di discussione, di dibattito e di decisione democratica sono stati soddisfatti o meno; organi la cui stessa legittimità non dipende da alterazioni, di maggioranze che possono essere interessate dai difetti che ho menzionato. Quindi, questo può avere un’interpretazione molto ristretta o un’interpretazione abbastanza ampia. Può avere un’interpretazione ristretta, se pensiamo che il ruolo dei giudici deve limitarsi a verificare se hanno avuto luogo le condizioni procedurali del dibattito e della decisione democratica. Tuttavia, io non credo che debba essere così, poiché la validità di una decisione maggioritaria dipende da molte cose. Dipende da questioni tali come l’esistenza di una relativa uguaglianza nei mezzi per partecipare in questo dibattito democratico, dall’accesso all’educazione che permette a ognuno di essere in eguaglianza di condizioni e nell’assenza di condizioni che fanno pressione su condizioni che minacciano, etc., in modo tale che si possa aumentare quel valore epistemologico della democrazia” (Nino, C. S., *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, op. cit., pp. 87 e 88).

32. L’autore asserisce che “il controllo di costituzionalità è essenziale ed indispensabile, non solo come strumento di protezione dei diritti degli individui e delle minoranze – come lo stesso Hamilton affermava – in relazione ai possibili atti arbitrari dei legislatori e delle maggioranze politiche, ma anche, e soprattutto, con il fine di impedire che uno dei poteri, il più forte, che è sempre il potere legislativo, possa aspirare a coprire e a rappresentare tutto lo spazio della costituzione, identificandosi con il suo primo fondamento, con lo stesso popolo. È come se i giudici, attori e strumenti di quel controllo, ricordassero continuamente ai legislatori che essi sono lì per esercitare un potere molto importante, ma sempre derivato, avendolo ricevuto dal popolo sovrano mediante la costituzione.” (Fioravanti, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid 2001. p. 109).

al decisionismo giudiziario, della controversa razionalità del metodo di ponderazione, così come della sua compatibilità con la clausola dello Stato di Diritto in quanto può danneggiare considerevolmente la sicurezza giuridica”<sup>33</sup>.

Alexy dice, in relazione all’applicazione dei diritti fondamentali, come principi costituzionali, che “riconoscere che il Legislatore dispone di un margine d’azione cognitivo di tipo empirico significa ammettere la possibilità che tali diritti non siano realizzati nella maggior misura possibile, secondo le possibilità fattuali, a conseguenza del “principio formale di competenza del Legislatore per decidere, competenza che si legittima a partire dal principio democratico”, giacché “questo principio impone che il Legislatore, democraticamente legittimato, sia nella maggior misura possibile, colui che prenda le decisioni importanti per la comunità”<sup>34</sup>. È indubbio che “il principio formale si scontri con il principio giusfondamentale materiale. Quest’ultimo esclude *prima facie* che il Legislatore abbia la competenza per adottare la propria decisione, basandosi su una premessa empirica insicura, sfavorevole per il diritto fondamentale; invece, il principio formale esige esattamente *prima facie* che il Legislatore possieda tale competenza”<sup>35</sup>.

Alexy ritiene che una visione radicale sull’imperatività dei diritti fondamentali annullerebbe la discrezionalità del legislatore. In questo modo, l’autore arriva alla conclusione che “è necessario escludere la possibilità di supremazia assoluta del principio giusfondamentale materiale sul principio della competenza di decisione legislativa. Questa soluzione non sarebbe compatibile con il principio della separazione dei poteri, né con il principio democratico”. Tuttavia, optare per l’altro estremo, “permetterebbe al Legislatore di portare a termine interventi straordinariamente intensi nei diritti fondamentali, anche quando fossero basati solo su pronostici elevatamente incerti” e questo sarebbe inammissibile, poiché “in quanto principi, i diritti fondamentali esigono che la certezza delle premesse empiriche che sostengono

-----  
33. Utrera García, J. C., *Apuntes sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año n. 2, N° 4, 1995, p. 364.

Nino evidenzia la difficoltà di questa sfida dicendo: “Se voi mi chiedete qual è il limite di questo controllo giudiziario, io credo che in questa come in tutte le cose importanti non ci sia un limite fisso, è una questione di ragionevolezza, è una questione di senso comune. Tuttavia, bisogna avere una guida per definire questioni come quelle che ho appena enunciato; la guida che io propongo può essere corretta o meno, ma credo che la cosa più importante sia la discussione riguardo ai fondamenti, poiché quando parliamo di queste alternative in assenza di fondamenti, andiamo semplicemente alla deriva, e ci lasciamo guidare da considerazioni che non sono rilevanti (Nino, C. S., *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, op. cit., p. 88).

34. Alexy, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 52 e 53.

35. Alexy afferma, proiettando questo problema sui diritti fondamentali, che “Questa soluzione avrebbe come conseguenza che, in tutti i casi in cui le sue decisioni danneggiassero in qualche modo i diritti fondamentali, al Legislatore si starebbe solo permettendo di basarsi su premesse sulla cui verità esisterebbe la certezza. Quindi, se si accetta l’esistenza di un diritto generale di libertà, allora si deve ammettere anche che tutte o quasi tutte le decisioni del Legislatore intervengono nei diritti fondamentali. In tal modo, quasi tutte le sue decisioni devono anche essere esaminate alla luce di questi diritti.” (Ibid., p. 53).

l'intervento sia maggiore quanto più intenso sia l'intervento nel diritto". L'autore misura il livello di certezza (vale a dire, di forza argomentativa) che deve avere l'intervento del legislatore nei diritti fondamentali per poter avvalersi del principio formale e non essere annullato dalla corte costituzionale. Così, stabilisce "una seconda legge di ponderazione, secondo la quale: quanto più intenso sia un intervento in un diritto fondamentale, maggiore deve essere la certezza delle premesse che sostengono l'intervento"<sup>36</sup>. In tal modo il livello di certezza che si esige per una limitazione "debole" di un diritto fondamentale sarà minore se questa è frontale, partendo dalla base che "il principio formale della competenza decisoria del Legislatore di per sé non ha la forza sufficiente per prevalere su un principio giusfondamentale materiale e farlo retrocedere"<sup>37</sup>, però questa prevalenza dipenderà da quanto ambizioso sia il suo proposito.

In definitiva, Alexy ammette che, nel diritto positivo, le idee astratte che rappresentano i principi costituzionali rimangono ristrette ad un ambito giuridico condizionato dalla struttura costituzionale e dalla giurisprudenza, e in tale ambito il peso del principio formale è un altro fattore che può arrivare a limitare nella pratica il massimo sviluppo di un diritto fondamentale, sacrificato in parte per mantenere la discrezionalità del legislatore. "Tuttavia, questa spina è l'imprescindibile prezzo che gli ideali giusfondamentali devono pagare in cambio del trionfo, mai sufficientemente apprezzato, della loro istituzionalizzazione nel mondo"<sup>38</sup>.

-----  
36. Alexy, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 54-55.

37. Ibid., p. 61.

Vale a dire, "I principi formali procedurali possono prevalere sui principi giusfondamentali materiali solo quando sono legati ad altri principi materiali (...) non appena sparisce l'insicurezza, anche i principi formali escono fuori dal gioco. Questo fatto esclude la possibilità che un tribunale costituzionale affermi che in un caso si è realmente trasgredito un diritto fondamentale, però che bisogna rispettare la decisione giuridica del legislatore solo come conseguenza di ragioni formali." (Ibid, p. 62).

38. Alexy, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 64.

Cabra Apalategui spiega questa posizione di Alexy sottolineando che "nonostante il tentativo di equiparare diritti dallo *status* negativo e diritti sociali, l'inesistenza di questi, dal punto di vista delle regole, abbassa la loro importanza nel confronto. Per questo Alexy si vede costretto a concedere solo ai diritti sociali minimi (minimo vitale, abitazione semplice, educazione scolastica, assistenza medica di base), la condizione di diritti soggettivi definitivi, essendo quelli che costituiscono l'aspettativa resistente a qualsiasi principio avverso con il quale dovrebbero essere valutati." (Cabra Apalategui, J. M., "*Racionalidad y argumentación jurídica (sobre el concepto de racionalidad procedimental y la relación derecho-moral en el razonamiento jurídico a propósito de las teorías de Aulis Aarnio y Robert Alexy)*", in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas Año n. 5, N° 9, 2000, pp. 372-373).

Atienza e Ruiz Manero considerano anche che "il carattere istituzionale del diritto implica esigenze che limitano (...) il raggiungimento dei valori e dei fini sostantivi che lo stesso diritto cerca di portare a termine. Però, se consideriamo che la preservazione della vigenza del sistema giuridico e di una certa efficienza del suo "meccanismo" è la condizione della possibilità di instaurare tali valori e fini sostantivi, sembra ragionevole la cura della preservazione dello stesso, come sistema normativo efficace, e la cura dell'efficienza del suo "meccanismo". E questo vale anche se tali cure implicano esigenze che portano con sé una tensione delle esigenze sostantive che lo stesso diritto contiene." (Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, 2ª ed. Barcelona 2004, p. 48).

Per quanto ci riguarda, consideriamo che il principio formale di competenza, prospettato da Alexy, deve predominare quando esiste una vera difficoltà nel chiarire se la soluzione data dal legislatore è costituzionalmente legittima, cioè, quando sia estremamente difficile determinare se l'intervento in un diritto fondamentale, indipendentemente dal suo grado, sia tutelato da ragioni costituzionalmente valide. Il potere politico non ha la libertà di violare “un poco” la costituzione, ma deve essere assolutamente scrupoloso nel suo adempimento, godendo di discrezionalità nel conseguimento di tale obiettivo, questo sì, a condizione che le strade prescelte siano razionalmente valide. Tuttavia, quando un giudizio razionale sulle misure prese dal legislatore si inclina verso la opzione di vulnerare in modo arbitrario un principio costituzionale, anche se la violazione venga “ridotta”, dovrà essere corretta dalla corte costituzionale, e la severità di questo giudizio dovrà essere identica indipendentemente dalla situazione davanti alla quale si presenti. Per tanto qualsiasi intervento sui diritti fondamentali da parte del legislatore esige la massima certezza. Ovviamente, tale posizione richiede un'importante fiducia nell'indipendenza del giudice (fiducia che non può essere cieca, ma che deve appoggiarsi su tecniche destinate a massimizzarla), e nella solvibilità logica e assiologica delle sue deliberazioni, però riteniamo che esistano delle ragioni per questo, così come descriveremo nel corso di questo capitolo.

È evidente che la riduzione del margine d'azione del legislatore, discostando dalla sua competenza azioni in precedenza accettate, suppone un aumento dell'importanza del ruolo del giudice costituzionale, che esercita le sue competenze servendosi di tecniche che, indubbiamente, gli concedono un ambito di discrezionalità nel pretendere le proprie decisioni. Però la discrezionalità non consiste nel possedere un potere di decisione e nel realizzare una scelta, ma nella possibilità di adottare una decisione legittima<sup>39</sup>, una decisione basata sui principi costituzionali e “modelli di azione razionale che conferiscono consistenza tra le decisioni”<sup>40</sup>. Se si rispettano le corrispondenti garanzie relative alla persona del giudice (la sua indipendenza e la sua abilitazione), e la qualità delle sue decisioni, la discrezionalità giudiziale “né conferisce immunità, né è equivalente a una presa di decisioni arbitrarie, al contrario, la sua esistenza, in correlazione al cambiamento di funzioni operato da molti sistemi giuridici, è (...) inscindibile dall'esigenza di maggiori quote di responsabilità da coloro che sono i titolari di un potere di decisione”<sup>41</sup>. Nel prossimo punto tratteremo il livello di discrezionalità del giudice al momento di applicare i principi costituzionali che esistono nei sistemi di *Common Law* e *Civil Law*, sistemi nei quali il giudice costituzionale possiede un ruolo simile, ma che li differenziano

39. Añón Roig, M<sup>a</sup> J., *Notas sobre discrecionalidad y legitimación*, in *Doxa*, Cuadernos de filosofía del Derecho, N° 15-16, 1994, p. 910.

40. Añón Roig, M<sup>a</sup> J., *Notas sobre discrecionalidad y legitimación*, op. cit., p. 906.

41. Ibid., p. 902.



sostanzialmente in merito alla competenza del giudice ordinario. Infine, nel punto 3, analizzeremo le garanzie che permettono di confidare nel buon senso dei giudici e nel rigore dei loro ragionamenti applicativi dei principi costituzionali.

## **2. Discrezionalità giudiziale nei sistemi giuridici contemporanei**

### **2.1 Il *Common Law* e la sua filosofia**

Il sistema di *Common Law*, di radice anglosassone, è definito da Vergottini come “diritto giudiziario” simile al “diritto dottrinario”. Il diritto dottrinario “è formato sulla base delle analisi ed elaborazioni razionali svolte dagli studiosi del diritto; quello giudiziario o giurisprudenziale deriva dai verdetti provenienti da procedimenti razionali svolti dai giudici con riferimento ai casi sottoposti alla loro attenzione”<sup>42</sup>. Quindi, nel *Common Law* il giudice prende il posto di questi giureconsulti. Secondo le parole di Dicey, citato da García Pelayo, l’importanza dei giudici arriva a tal punto che mentre nel continente “i diritti individuali sono deduzioni dei principi della costituzione (...) in Inghilterra i cosiddetti principi della costituzione sono induzioni o generalizzazioni basate sulle decisioni private pronunciate dai tribunali come diritti di determinati individui”<sup>43</sup>, cioè, nel quadro di conflitti privati. Vediamo le principali caratteristiche di questo modello analizzando il sistema britannico, insuperabile esempio rappresentativo dello stesso.

Nel caso britannico il diritto si divide in diritto legale (*statute law*) e diritto giudiziario (*case law*), il quale a sua volta si suddivide nel *Common Law* e nell’interpretazione giudiziale del diritto statutario, di grande importanza soprattutto ai fini di determinare se il governo ha realizzato le condizioni delle delegazioni che gli concede il parlamento<sup>44</sup>. Il *Common Law* “è l’insieme sistematico di principi e regole giuridiche non scritte - un diritto consuetudinario di carattere feudale - estratto dai precedenti dei tribunali reali di Westminster Hall”. Come vediamo, un diritto di straordinaria importanza nell’ordinamento britannico, e di radice giurisprudenziale (oltre che ancestrale).

In questo contesto, il precedente giudiziario diventa vitale. Un “precedente” giudiziario è “un giudizio o una decisione di un tribunale di giustizia citato, con l’autorità per decidere un

---

42. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, vol. I, op. cit., p. 89.

43. García Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid 1999, p. 278.

44. Ibid., pp. 285 e 286.

caso simile nello stesso modo, o meglio, secondo lo stesso principio o per analogia”<sup>45</sup>. In Gran Bretagna il precedente può nascere da qualsiasi giudice o tribunale, indipendentemente dal suo rango gerarchico<sup>46</sup>. Dall’altro lato, e a differenza di quello che succede nella maggior parte dei sistemi europei, nel sistema britannico basta una sola sentenza per creare giurisprudenza, e la giurisprudenza è la fonte principale del diritto non per la sua gerarchia (il governo può annullarla legiferando contro le sue disposizioni), ma per il suo volume di produzione<sup>47</sup>. Risulta particolarmente illustrativo che la dottrina anglosassone definisca i precedenti in “dichiarativi e creativi”, vale a dire, che venga accettato con totale naturalezza che il precedente possa creare diritto<sup>48</sup>. E il suo carattere è sempre vincolante, anche se in diversi gradi. Il principio di *stare decisis*, essenziale nel sistema britannico, concede una vincolatività alle sentenze, che si dividono in “assolutamente obbligatorie e condizionatamente obbligatorie”<sup>49</sup>. Il tribunale può prescindere dal precedente condizionatamente obbligatorio quando esso sia “scorretto”, vale a dire, contrario al diritto o alla ragione (sempre che giustifichi i motivi del suo abbandono)<sup>50</sup>, però rimarrà sempre obbligato dal precedente “assolutamente obbligatorio”.

Come danneggia il modello di *Common Law* il controllo di costituzionalità? Vediamolo nel sistema americano. Ci troviamo dinnanzi a un sistema di “controllo giudiziario diffuso o controllo incidentale, che è quello che si produce quando, nel corso di un processo davanti alla giurisdizione ordinaria, una delle parti adduce l’incostituzionalità di una norma applicabile al caso”, risolvendo la questione “come un questione incidentale all’interno dello stesso processo, dal giudice che si sta occupando dell’argomento”<sup>51</sup>. Negli USA “il Tribunale Supremo non possiede veramente il monopolio della *judicial review*, ma lo esercita come un organo in cima al sistema giudiziario degli Stati Uniti”<sup>52</sup>. In questo modo “tutti i tribunali, dal più alto al più basso dell’unione” possono decidere sull’incostituzionalità della legge<sup>53</sup>. Di conseguenza, negli USA non esiste un “interprete privilegiato” della Costituzione, ma tutti i giudici esercitano tale funzione<sup>54</sup>.

-----  
45. Falcón y Tella M<sup>a</sup> J., *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*, Marcial Pons, Madrid 2010, p. 43.

46. Ibid., p. 64.

47. Ibid., p. 65.

48. Ibid., p. 51.

49. Ibid., p. 50.

50. Ibid., p. 51.

51. Hernández Gómez, I., *Los derechos humanos y la justicia constitucional*. in *Dikaion*, Revista de Actualidad Jurídica, N° 11, 2002, p. 161.

52. Pegoraro, L., *La justicia constitucional: Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid 2004, p. 35.

53. García Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 430

54. Guastini, R., *Estudios sobre las interpretaciones jurídicas*, UNAM, México 1999, p. 80.

La dichiarazione di incostituzionalità implica che “la legge in questione non è applicabile al caso prospettato” e a quelli in cui si presenta la stessa situazione che ha portato a dichiarare la sua incostituzionalità, però questo non suppone che non si possa continuare ad applicare al resto<sup>55</sup>. Vale a dire, la legge non si dichiara incostituzionale: quello che è incostituzionale è il fatto di applicarla a una determinata situazione. D'altronde, e in merito all'efficacia delle sentenze emesse, queste interessano solo le parti. Tuttavia, “il sistema del precedente determina che i tribunali inferiori si debbano considerare vincolati ai procedimenti dei giudici superiori, per cui l'atto legislativo dichiarato incostituzionale perde totalmente la sua stessa efficacia”<sup>56</sup>.

Fino a che punto la giurisprudenza può influire sulla Costituzione? Negli USA si ammette in maniera generalizzata che il Tribunale Supremo “sebbene non possa aggiungere né trovare cose nuove nella Costituzione, possa leggere in essa cose non visibili agli occhi comuni”. Munro, citato da García Pelayo, afferma che “il Tribunale Supremo ha agito come “convenzione costituzionale continua”, in modo tale che si può quasi dire che la Costituzione è emendata tutti i lunedì mattina, quando il Tribunale Supremo prende le proprie decisioni”<sup>57</sup>. È vero che il Tribunale Supremo ha un indubbio potere, però è soggetto a limitazioni come la ragionevolezza delle sue sentenze. Se la cittadinanza ritiene che esse costituiscono delle negazioni arbitrarie della propria libertà politica, farà pressione al Tribunale affinché metta fine alle sue imposizioni. Un caso tale è stato il divieto alle misure del *New Deal*, in cui fu obbligato a cambiare atteggiamento per l'indignazione popolare<sup>58</sup>.

In breve, il sistema anglosassone “non risponde a uno schema prestabilito, ma i casi si risolvono nella misura in cui si vanno prospettando i problemi sociali, in un modo pragmatico e concreto (casuismo)”<sup>59</sup> attraverso gli interventi giudiziali, qualcosa che li distingue considerevolmente dal sistema di *Civil Law*, che analizzeremo a continuazione. Ciononostante, negli ultimi tempi si sta verificando un avvicinamento tra entrambi i sistemi “per la maggiore importanza della giurisprudenza” nei confronti della legge nel *Civil Law*, e della legge nelle decisioni giudiziali nel *Common Law*<sup>60</sup>.

-----  
55. García Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado*, p. 432.

56. Falcón y Tella M<sup>a</sup> J., *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*, op. cit., p. 37.

57. García Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 353.

58. Ibid., p. 440.

59. Falcón y Tella, M<sup>a</sup> J., *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*, op. cit., p. 63.

60. Ibid., p. 66.

## 2.2. Il sistema di *Civil Law*

### 2.2.1. Tratti distintivi del *Civil Law*

Il modello di sistema giuridico preponderante nei sistemi continentali o *Civil Law* è “razionalista, normativista e formalista, rispetto all’empirismo e al realismo anglosassone. Domina la generalizzazione rispetto al casuismo, la teoria rispetto allo spirito pratico”<sup>61</sup>. Questo si può vedere, in primo luogo, nel modello di giustizia costituzionale dominante in questi sistemi, un modello accentrato e astratto dove solo un Tribunale realizza in monopolio il compito di controllare la fedeltà delle leggi alla norma fondamentale, poiché le sue risoluzioni posseggono efficacia *erga omnes*.

Il *Civil Law* esige un diritto coerente, impeccabile sviluppo logico dei principi formali e materiali che lo sorreggono, e creato esclusivamente dal legislatore, l’unico con la legittimità democratica di farlo, riservando al giudice il mero sviluppo di quanto disposto dalla legge, ma senza allontanare minimamente le sue sentenze da quanto disposto dalla norma. È per questo che, a differenza di quanto succede in paesi come gli USA, il giudice ordinario “è separato dalla società civile nella stessa misura in cui lo è quello generale. Il suo accesso alla carica, come per quello che concerne il burocrate, ha luogo per mezzo di un processo che è principalmente un processo di cooptazione. Nessun controllo, nessuna possibilità di influenza sulle decisioni può essere esercitata dai cittadini in quanto corpo collettivo”. Con ciò si vuole assicurare l’indipendenza del potere giudiziario, imprescindibile per il suo buon funzionamento, evitando che il giudice possa contaminare un’opera, che deve essere oggettiva con le preferenze dei suoi elettori<sup>62</sup>.

I sistemi di *Civil Law* si costruiscono su un principio relativo all’idea che il diritto manca di lacune<sup>63</sup>. Tuttavia, questo dogma del primo positivismo, crolla rapidamente: il legislatore è incapace di prevedere gli innumerevoli casi che dovrebbero inserirsi nella legge secondo il loro spirito. Come affermano Alchourron e Bulygin, “credere che i sistemi giuridici siano completi, perché devono esserlo, è una pura illusione, così come è una fallacia “derivare la completezza dall’esigenza di completezza”<sup>64</sup>. Questo porta all’accettazione da parte della dottrina e della

61. Falcón y Tella, M<sup>a</sup> J., *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*, op. cit., p. 61.

62. La Torre, M., *Discutiendo de democracia. Representación política y derechos fundamentales*, in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año n. 2, N° 3, 1994, p. 249.

63. Riguardo a questa premessa del positivismo classico si veda Calsamiglia, A., *Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 22, 1982, pp. 235-275.

64. Alchourrón, C. E., Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires 1993, pp. 230-232.

legislazione dell'esistenza di lacune, però di lacune recuperabili, che possono essere colmate ricorrendo al sistema di fonti previsto nell'ordinamento, senza che il giudice crei alcuna disposizione, ma si limiti a sviluppare quelle già latenti<sup>65</sup>. Così, come esponente di questo cambiamento, Larenz riconosce l'esistenza di "lacune legali", che devono essere colmate secondo l'intenzione regolatrice, il piano e la teleologia immanente della legge<sup>66</sup>.

In sintesi, le lacune di legge esistono, però devono essere necessariamente colmate. Salguero, alludendo al Diritto spagnolo, evidenzia gli artt. 24.1 della Costituzione spagnola (diritto alla tutela giudiziale effettiva), 1.7 del Codice Civile, 11.3 della Legge Organica del Potere Giudiziario (LOPJ) (dovere indispensabile dei giudici di risolvere tutti i casi che conoscono), e 448 del Codice Penale (pena di inabilitazione per il giudice che si rifiuti di risolvere per oscurità, insufficienza o silenzio della legge), per dimostrare che l'ordinamento ammette l'esistenza di lacune, ma impone la necessità di colmarle<sup>67</sup>. Dinanzi a questa situazione, si rende necessario determinare quali saranno gli strumenti giuridici per realizzare questo compito.

Il primo mezzo è l'analogia, che permette l'applicazione di una norma a un caso di fatto estraneo alla stessa, ma che possiede identità di ragione rispetto al caso di fatto stesso (*analogia legis*), o di un principio estratto da un settore normativo, all'essere presente in tutte le sue disposizioni, applicando tale principio a un caso non espressamente previsto in tale ambito, ma che si inquadra perfettamente nello stesso (*analogia iuris*)<sup>68</sup>.

65. Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español común y foral*, Tomo I, Reus S.A., Madrid 2005, p. 590.

66. Larenz, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. di M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona 1994, p. 363.

La lacuna di legge ha luogo "quando una norma legale non può essere assolutamente applicata, senza che le venga aggiunta una disposizione di cui si sentiva la mancanza nella legge" (Ibid., p. 370), ossia, quando una norma legale latente (la cui esistenza virtuale può essere constatata ricorrendo ai criteri prima segnalati da Larenz) non può vigere per mancanza di una disposizione che la crei. L'autore, secondo quanto succede praticamente nella quasi totalità di sistemi di *Civil Law*, ammette solo le lacune di legge, e non quelle di diritto (vale a dire, l'assenza di regolazione di tutto un settore dell'ordinamento), (Ibid., p. 365).

67. Salguero Salguero, M., *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Madrid 2002, p. 33.

68. Díez Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona 1993, pp. 281-282.

Larenz afferma che per determinare l'applicabilità dell'analogia bisogna ricorrere al fine e all'idea fondamentale della regolazione del materiale normativo esaminato, così come a criteri teleologici-oggettivi (Larenz, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., p. 301).

Vale a dire, si devono esaminare gli obiettivi normativi e determinare se tra gli stessi (anche se per errore del legislatore non vi si trovi esplicitamente) si inserisca il caso al quale si vuole applicare l'argomento analogico. Così, all'interno della giurisprudenza spagnola, la Sentenza del Tribunale Supremo (STS) 33/1981, del 7 gennaio, corrobora questo criterio all'affermare che la norma deve essere interpretata "nel suo senso e nella sua finalità" per essere oggetto di analogia. Salguero porta come esempio del funzionamento dell'analogia l'estensione per mezzo della Sentenza del Tribunale Supremo del 18 maggio del 1992 del regime matrimoniale dei beni comuni alle coppie di fatto, dovuto al fatto che lo stesso interesse per il minore è presente in entrambe le situazioni (Salguero Salguero, M., *Argumentación jurídica por analogía*, op. cit., p. 89).

Il punto è che l'analogia si trova generalmente raccolta negli ordinamenti contemporanei (per esempio, in Spagna è regolata dall'art. 4.4 del Codice Civile). Nonostante la discrezionalità che conferisce al giudice, l'analogia non è considerata fonte del diritto

Il ricorso ai principi generali del diritto, già analizzati nel punto precedente, è un altro dei mezzi per colmare le lacune, e senza dubbio è comunemente accettato dagli ordinamenti attuali. Così, il Codice Civile svizzero recita, nel suo art. 1, che in mancanza di legge e di consuetudine il giudice deciderà “secondo le regole che egli adotterebbe se dovesse agire come legislatore. Si ispirerà alle soluzioni consacrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza”. Il Codice Civile portoghese stabilisce nel suo art. 16 che in queste situazioni i casi verranno decisi “dai principi del diritto naturale”, così come il Codice francese allude all’equità che è “il ritorno alla legge naturale, in caso di silenzio od oscurità delle leggi positive”.

### **2.2.2. L’evoluzione del *Civil Law* e la sua apertura alla discrezionalità giudiziale**

Esiste una polemica inerente ai sistemi di *Civil Law*. I suoi più alti tribunali possono creare diritto? È molto difficile trovare un ordinamento di questo tipo in cui la legislazione riconosce tale capacità a qualche altro tribunale che non sia quello costituzionale. In Germania è realmente riconosciuto dal Diritto che le decisioni del BVerfG abbiano forza di legge, (art. 31.II BVerfGG). Anche in Spagna una gran parte della dottrina considera la giurisprudenza costituzionale come fonte del diritto, al possedere un valore superiore a quello della legge (data la sua capacità per derogarla e modificarla, quando trasgredisca la costituzione), e vincolare il legislatore alle sue interpretazioni. Però che cosa succede con i tribunali supremi la cui giurisprudenza è motivo per presentare un ricorso alle decisioni dei tribunali minori che si allontanano da essa? In Germania, l’art. 565 ZPO permette il ricorso di cassazione davanti ai cinque Tribunali Federali per separazione da un precedente, nonostante non si riconosca il valore normativo alla giurisprudenza<sup>69</sup>. In Spagna la nuova Legge di Procedimento Giudiziario Civile, del 7 gennaio del 2000, include l’ “interesse cassazionale” (vale a dire, infrazione di giurisprudenza) come motivo per la cassazione<sup>70</sup>, che si giustifica nell’unità e nella coerenza del diritto, l’autorità del Tribunale Supremo e l’uguaglianza tra tutti i cittadini che ricorrono alla giustizia<sup>71</sup>. Di conseguenza, ci troviamo davanti a referenti normativi di carattere generale con capacità (riconosciuta dalla legge come abbiamo visto) per annullare risoluzioni, inizialmente valide, dei tribunali inferiori.

-----  
dalla maggior parte della dottrina, giacché l’integrazione giuridica che produce è provvisoria e per il caso concreto, (eccetto se viene applicata da qualche Alto Tribunale, come vedremo). (Falcón y Tella, M<sup>a</sup> J., *El argumento analógico en el Derecho*, Civitas, Madrid 1991, pp. 84-86).

69. Moral Soriano, L., *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid 2002, pp. 199 e 200.

70. Ibid., p. 178.

71. Al riguardo si veda lo sviluppo di tali argomenti giustificativi realizzato da Moral Soriano, L., *El precedente judicial*, op. cit., pp. 127 e segg.

Díez Picazo, riferendosi all'ordinamento spagnolo, sostiene che la giurisprudenza non può essere la fonte del diritto, perché la Costituzione (art. 117.1) stabilisce che i giudici sono sottomessi unicamente al dominio della legge, ciò che impedisce loro di creare diritto<sup>72</sup>. La giurisprudenza non crea "norme in senso proprio e totale", ma criteri interpretativi<sup>73</sup>. Tuttavia, è difficile giustificare che un "criterio interpretativo" abbia il peso sufficiente per annullare una sentenza completamente adattata a diritto, e ancor più se non ci riferiamo a una, ma a tutte le sentenze emesse dai tribunali spagnoli.

Ci riferiamo al fatto che: 1) il Tribunale Supremo genera disposizioni con validità generale, per tutti i tribunali del Paese; 2) queste disposizioni sono riconosciute formalmente come referenti normativi capaci di giustificare l'impugnativa di qualsiasi sentenza e 3) se il tribunale di prima o di seconda istanza si allontana da esse, la loro sentenza sarà eliminata, poiché la giurisprudenza possiede a questi fini lo stesso valore di una legge. Per tutto ciò, tanto nel Diritto spagnolo come in quello tedesco (così come nella maggioranza dei paesi che condividono il suo modello di tribunale supremo) è molto difficile non considerare la giurisprudenza da esso emanata come fonte del diritto, indipendentemente da ciò che in maniera formale si affermi nelle loro costituzioni. Il fatto che la creazione giuridica dei tribunali supremi sia materialmente soggetta al contenuto della legge non è una ragione valida per il suo carattere di fonte, poiché nessuno dubita che la legge ordinaria, creata rispettando e osservando i dettami di una Legge Organica, non perde per questo il suo carattere di diritto.

Il rifiuto della dottrina a considerare la giurisprudenza come fonte del diritto possiede la stessa motivazione delle esortazioni a limitare al massimo l'influenza dei principi davanti alla legge concreta nelle decisioni giudiziali, o a non abusare dell'analogia: il rifiuto ad ammettere che il giudice possa creare diritto mediante lo sviluppo di concetti giuridici indeterminati il cui senso non è chiaro, sostituendo così il legislatore, che possiede in esclusiva la legittimità per farlo. La visione del giudice come di colui che applica meccanicamente la legge, attaccato al suo tenore letterale e senza la possibilità di realizzare interpretazioni minimamente avventurate, per paura di allontanarsi dalla volontà del legislatore, della quale è mero ripetitore, è stata una costante nei sistemi di *Civil Law* che ancora oggi rimane, nonostante l'innegabile evoluzione che essi stanno sperimentando. Come afferma Barbera "È tipico inoltre della cultura giacobina considerare il giudice come mera *bouche de la loi*; come semplice applicatore e non produttore del diritto"<sup>74</sup>. In tal senso, Rodríguez Paniagua sottolinea che "in epoche passate il (criterio) grammaticale ha goduto di un tipo di preferenza (nell'interpretazione giuridica) (...),

72. Díez Picazo, L., *La jurisprudencia*, in *Poder Judicial*, Centro de estudios fiscales, Madrid 1983, pp. 280 e 281.

73. Díez Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, op. cit., p. 140.

74. Barbera, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, op. cit., p. 7.

appoggiandosi sul principio secondo cui *in claris non fit interpretatio* (...), in molte cose rimaneva così escluso l'intervento di qualsiasi altro metodo"<sup>75</sup>.

Questa posizione ha condotto molti difensori del meccanismo giudiziario ad avvicinarsi alla tesi di uno dei massimi rappresentanti dell'attivismo dei giudici: Ronald Dworkin. Ci riferiamo alla tesi dell'unica risposta corretta (*one right answer*), che promuove l'esistenza di un'unica soluzione per ogni caso che il giudice affronta e afferma la capacità dello stesso a trovarla. Tuttavia, la realtà smentisce tale discorso: "Nessuno può mettere in dubbio il fatto che esistano sentenze contraddittorie riguardo ad argomenti assolutamente identici"<sup>76</sup>. Dalla dottrina, Alexy riconosce anche che "il procedimento di ponderazione è razionale, però non è un procedimento che conduce in ogni caso esattamente a un'unica soluzione"<sup>77</sup>. Realizzando un percorso storico, Nieto nota che "nella cultura ebraica, il Talmud ammette l'esistenza di varie soluzioni corrette, e precisamente su tale possibilità si basa la giustizia araba del cadì; mentre il Diritto romano classico non prospettava neanche la soluzione giuridica unica"<sup>78</sup>. Pertanto, la discrezionalità giudiziale è un fatto del passato, del presente, e con ogni probabilità anche del futuro, poiché è consustanziale all'applicazione di un diritto, che non può arrivare ad un livello di descrizione tale da prevedere in norme specifiche tutte le situazioni che possano verificarsi nella realtà.

C'è chi dice che il giudice possiede solo la discrezionalità nei "casi difficili", e altri che affermano che la possiede in quelli "facili"<sup>79</sup>. Come asserisce Nieto, il giudice può trovarsi perfettamente con casi di un'unica risposta corretta, così ovvi che ammettono solo una soluzione giuridicamente accettabile. Altri, al contrario, ammetteranno varie alternative. Tutto "dipende dal caso di cui si tratti"<sup>80</sup>. Lo sfondo teorico di questa discussione gira intorno alla capacità del giudice di emettere sentenze "vere", vale a dire, fedele espressione di quanto disposto dalla legge e dalla costituzione. In tal senso, la teoria cognitiva dell'interpretazione afferma che "si

75. Rodríguez Paniagua, J. M., *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Tecnos, Madrid 1976, p. 92.

L'autore ritiene, in merito al superamento di tale criterio, che "quello di cui oggi si tratta non è di rinunciare alla garanzia che il diritto abbia il suo orientamento nella legge, ma piuttosto quello di cui si tratta è il riconoscimento che questa, anche volendo, non può regolare tutto. Per questo compirà meglio la sua funzione se, abbandonando vecchie illusioni, riesce a contenersi nei limiti della sua effettività, permettendo un adattamento al caso concreto e una valutazione individuale che conduca alla realizzazione più perfetta e facile della giustizia". Così, "La funzione della legge e quella del giudice non devono essere divergenti, ma armoniche e complementari. Quello che il legislatore non può prevedere né regolare, può e deve prenderlo in considerazione il giudice in vista del caso concreto." (Ibid., pp. 103 e 104).

76 Nieto García, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona 2000, p. 52.

77. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 525.

78. Nieto García, A., *El arbitrio judicial*, op. cit., p. 61.

79. Segura Ortega, M., *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2006, p. 20.

80. Nieto García, A., *El arbitrio judicial*, op. cit., p. 65.



può verificare la veridicità o la falsità” degli enunciati giuridici<sup>81</sup>, vale a dire, che il giudice possa trovare la verità giuridica in ognuno dei suoi atti, mancando di discrezionalità, poiché la sua unica funzione è quella di riflettere una soluzione giuridica unica e preesistente. Al contrario, la teoria scettica ritiene che “l’interpretazione è un’attività non di conoscenza, ma di valutazione e di decisione”<sup>82</sup>, per cui l’interpretazione giudiziale sfocia nell’arbitrarietà, giacché, per mezzo di essa, il giudice può imporre in maniera disinvolta la propria volontà. Infine, la teoria intermedia (che coincide con quanto sostenuto da Nieto), ritiene che c’è una certa discrezionalità nei casi difficili, ma che non è assoluta. Quando il significato ricade sul “nucleo essenziale” del testo normativo analizzato, è un caso facile ed evidente, con un’unica risposta corretta, però quando ricade sulla “zona di penombra” di complicata comprensione, ci troviamo davanti a un “caso difficile” che apre la porta alla discrezionalità<sup>83</sup>, però in ogni caso, deve sfociare in una (o in alcune) soluzioni giuridicamente accettabili e ragionevoli. Secondo le parole di Joseph Raz, “ci possono essere varie interpretazioni diverse che soddisfino la ragione, in modo che nessuna sia migliore delle altre”<sup>84</sup>.

Questa relativa incertezza è l’argomento principale dei promotori del letteralismo legalista per condannare l’argomentazione giudiziale, con una intensità proporzionale al suo appoggio sui principi (e che raggiungerà il suo culmine nell’interpretazione del giudice costituzionale, basata più che nessun’altra sui generici principi della norma fondamentale, un’interpretazione che da questo ambito si vuole ridurre ai risultati più ovvi dell’analisi letterale della norma fondamentale, scartando interpretazioni più complesse). Tuttavia, i difensori della meccanizzazione delle attività giudiziali e della sua riduzione alla letterarietà della legge per sopprimere qualsiasi segnale “creativo” del giudice, corrono il rischio di incatenare il diritto contro la sua natura e i suoi fini, trasformandolo in arbitrario, ingiusto e inutile, e ottenendo nella pratica tutto il contrario di ciò che pretendevano<sup>85</sup>, così come indicavamo già nel punto precedente riferendoci al ruolo essenziale dei principi nella costruzione del diritto.

81. Guastini, R., *La interpretación, objetos, conceptos y teorías*, in Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México DF 2003, p. 30.

82. Ibid., p. 31.

83. Ibid., p. 34.

84. J. Raz, *¿Por qué interpretar?* in Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., p. 48.

85. “Nel diritto europeo continentale, al contrario, le disposizioni relative al diritto privato nascono ancora con quell’aureola di cosa definitiva e permanente che ha accompagnato i grandi codici. Così è un paradosso che, mentre il diritto anglosassone ricorre ogni giorno di più alla promulgazione di leggi, come mezzo di efficace controllo sociale (*social control*), nonostante tali leggi saranno sempre interpretate in maniera restrittiva rispetto ai principi generali di Common Law, nel diritto romanizzato, al contrario l’esistenza di corpi legali, come lo sono i codici, il cui prestigio sembra causare al legislatore, che dovrebbe riformarli, un certo complesso di inferiorità, dà luogo al fatto che ogni giorno acquisti maggiore importanza il diritto elaborato dai giudici o dalla giurisprudenza che, come si è soliti dire per mantenere l’illusione nel carattere inalterabile dei codici, li “adattano” alle necessità dei nuovi fatti.” (Ferrerres Comella, V., *El papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau*, in Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Bosch, Barcelona 2006, p. 69).

Anzi, perfino Kelsen ammette che quando il tribunale applica una norma giuridica preesistente<sup>86</sup> “bisogna lasciare alla funzione protettiva del diritto del tribunale un certo spazio di gioco per la sua discrezionalità”, giacché la norma generale è sempre “una cornice all’interno della quale si deve produrre la norma giuridica individuale”<sup>87</sup>. Kelsen rifiuta “l’unica risposta corretta”, poiché questa prospetta l’interpretazione “come se l’organo di applicazione dovesse solo mettere in movimento il suo ragionamento e non la sua volontà”<sup>88</sup>. All’interno di questo margine di discrezionalità, il giudice può ricorrere a valori morali o a obiettivi sociali, che non provengono dal diritto positivo, però questo risulta accettabile perché è “come se il diritto positivo stesso, delegasse a determinate norme metagiuridiche come la morale, la giustizia, etc.”<sup>89</sup>. La domanda è: si possono identificare oggettivamente questi criteri interpretativi in modo da garantire l’effettivo assoggettamento del giudice al diritto, evitando l’arbitrarietà? Nel punto 3.2 di questo capitolo cercheremo di dimostrarlo.

Per concludere, rifletteremo sull’appello alla realtà giuridica che realizza Puig Brutau. Questo autore sostiene che il giudice frequentemente, una volta concluso il suo compito di creatore, si limita a esibire la propria abilità di artigiano, costruendo l’apparato argomentativo che gli permetterà di decidere (e a noi di credere) che ha portato a termine solo un compito logico-deduttivo, per mezzo delle provvisori della legge, dedicando una gran parte del suo sforzo, forse il maggiore, a “non far fare brutta figura al legislatore”<sup>90</sup>. Tuttavia, la realtà è innegabile. Il fatto che i giudici creino diritto “nonostante il legislatore abbia disposto che non lo facciano (...), deve essere uno sprone affinché, con una critica realista del ragionamento giuridico, il margine di arbitrio si riduca nella misura del possibile”<sup>91</sup>. Dunque, “non si tratta di chiedere più libertà per il giudice, ma che di fatto non ne abbiano tanta, che ne abbiano meno di quella che esercitano in un modo reale ed efficace”<sup>92</sup>.

Nel modello costituzionale diventa irrinunciabile la concessione di un ampio margine di discrezionalità ai tribunali affinché elaborino soluzioni giuridiche conformi ai principi

-----  
86. Kelsen ammette che il tribunale possa agire anche emettendo sentenza senza appoggiarsi su nessuna norma giuridica regolatrice del caso “quando abbia la mancanza di tale norma generale per una cosa ingiusta, inaccettabile, ossia, per una cosa non soddisfacente” sempre che l’ordinamento lo autorizzi a farlo per mezzo di una norma di competenza (Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México 1983, p. 253).

87. Ibid., pp. 253 e 254.

88. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 352.

Kelsen ritiene che, nell’interpretazione, l’atto di ragionamento giuridico “si lega a un atto di volontà nel quale l’organo di applicazione del diritto effettua una scelta tra le possibilità che l’interpretazione conoscitiva mostra” (Ibid., p. 354).

89. Ibid., p. 354.

90. Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Bosch, Barcelona 2006, p. 238.

91. Ibid., p. 88.

92. Ibid., p. 104.

costituzionali e fedeli allo spirito della legge. Senza dubbio, questo compito corrisponderà in ultima istanza alla corte costituzionale, ma per ottenere una generalizzazione degli obiettivi perseguiti, il nuovo ruolo giudiziale deve estendersi a tutti i giudici. Ciononostante, mentre affermiamo la nostra fiducia verso un giudice razionale e oggettivo, dobbiamo presentare in profondità i motivi che ci conducono a questa conclusione e le misure che possano servire per massimizzare le probabilità di indipendenza dei corti costituzionali. Da questa prospettiva, dedicheremo il seguente punto ad approfondire le barriere che impediscono la trasformazione della legittima discrezionalità giudiziale in arbitrarietà o perfino in prevaricazione.

### **3. Come garantire un giudice degno del suo potere?**

Lucio Pegoraro sostiene che i limiti della discrezionalità delle corti costituzionali sono di natura “linguistica, giuridico-istituzionale e politica”. Da una prospettiva linguistica “i tribunali devono affrontare i vincoli dei testi e dei contesti linguistici ed extralinguistici nei quali operano”<sup>93</sup>. Dall’altra parte, i limiti giuridico-istituzionali suppongono che la regolazione del regime della corte costituzionale può essere corretta per evitare degli eccessi, come accadde in Italia quando la Corte accordò di includere nel suo regolamento la *prorogatio* dei giudici dato il ritardo delle Corti per rinnovarli, e il Parlamento riformò la Costituzione per impedirlo<sup>94</sup>. Questi limiti possono essere sopraggiunti, ma anche imporsi in modo preventivo per evitare mali futuri. Infine, il limite politico conduce alla corte a non intromettersi in materie che siano oggetto di discrezionalità politica che, citando la Corte italiana, “che non sia stata esercitata con arbitrarietà o con irrazionalità”<sup>95</sup> e tutto questo perché, se si eccede, il popolo può reagire con una giusta indignazione e riformare la Costituzione per limitare le sue competenze. Nelle prossime righe svilupperemo questi tre criteri con contributi dottrinali ed esempi di Diritto positivo.

#### **3.1. Verso una piena indipendenza giudiziale dal potere politico**

Seguendo Zagrebelsky, possiamo dire che la funzione della corte costituzionale “è politica, ma allo stesso tempo non appartiene alla politica; risulta essenziale nel nostro modo di intendere la democrazia, ma allo stesso tempo non deriva dalla democrazia”<sup>96</sup>. La corte costituzionale è guardiana delle basi politiche dello Stato, vale a dire, dei principi e dei valori che fondano la nostra convivenza, ma deve proteggerli da una prospettiva oggettiva ed estranea agli interessi partigiani. Questo tribunale è il massimo interprete della Costituzione, l’incaricato

-----  
93. Pegoraro, L., *La justicia constitucional: Una perspectiva comparada*, op. cit., p. 138.

94. Ibid., p. 142.

95. Ibid., p. 144.

96. Zagrebelsky, G., *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Madrid 2008, p. 11.

di salvaguardarla dinanzi ai possibili abusi del legislatore, però a differenza dei tribunali inferiori, è generalmente composto da magistrati designati dal potere politico.

Se la corte costituzionale fosse un prolungamento del parlamento i suoi membri “consumerebbero la massima tradizione alla funzione alla quale sono stati chiamati, trasformando l’istituzione fiduciosa nella sua cura in una terza camera dove continuerebbe, mediante persone interposte, il confronto tra le parti del conflitto politico”<sup>97</sup>. L’autore insiste sul fatto che “se non si può accettare la costituzione come una pratica mentale e propriamente morale, è meglio non accettare l’incarico”<sup>98</sup>. Bisogna assicurarsi che i magistrati della corte si mantengano al margine di qualsiasi interesse spurio nell’esercizio delle sue funzioni, però questo non è facile. La sua nomina politica causa logici sospetti nella misura in cui ogni partito può optare per i giuristi più proclivi a lasciarsi manipolare. Allo stesso modo, l’immensa importanza degli argomenti che la corte studia, rendono i suoi membri bersaglio privilegiato di ipotetiche proposte disoneste in relazione alla loro rielezione (nei Paesi in cui essa si verifica), o al loro futuro professionale una volta che abbandonino la corte. È per questo che, mentre si confida nell’oggettività e nell’imparziale saggezza dei giudici costituzionali, si devono istaurare le misure che ampliano al massimo i motivi per questa fiducia.

La prima garanzia deve riferirsi all’indipendenza dei membri della corte. Bisogna assicurarsi che coloro i quali accedono alla carica, oltre a possedere la saggezza e l’esperienza necessarie per una così alta funzione, non si trovano legati a interessi che, senza necessità di ulteriori proposte poco etiche, possono dall’inizio allontanarle dall’oggettività. In tal modo, le incompatibilità di ordine politico esistono nella praticamente totalità delle corti costituzionali del mondo. In Italia, in Germania e in Spagna, per esempio, il sistema di incompatibilità proibisce l’esercizio di funzioni politiche, amministrative o giudiziarie<sup>99</sup>. Le incompatibilità professionali sono, nell’insieme, meno rigide di quelle politiche, però si stabiliscono anche in numerosi ordinamenti. In Italia, per esempio, sono assolute, però in Francia sono quasi inesistenti, poiché è compatibile la funzione di membro del Consiglio Costituzionale con l’esercizio di qualsiasi attività pubblica o privata<sup>100</sup>.

Un’altra garanzia prospettata dalla dottrina, e istaurata in diversi ordinamenti, è il carattere vitalizio del posto di magistrato. Zagrebelsky sostiene, riferendosi all’Italia, che “se la nomina fosse vitalizia - come accade in altri Paesi - o ricadesse su persone che al concludere la carica

-----  
97. Zagrebelsky, G., *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*, op. cit., p. 57.

98. Ibid., p. 80.

99. Agudo Zamora, M., *El modelo institucional europeo de Justicia Constitucional*, in *La reforma del Tribunal Constitucional*, Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, coord., P. Pérez Tremps, p. 18.

100. Ibid., p. 19.

carica aspirassero solo a un meritato riposo, non esisterebbero i problemi che nascono quando si ambiscono posteriori trionfi professionali”<sup>101</sup>. Secondo questo criterio, la carica di magistrato del Tribunale Supremo è vitalizia negli USA, all’interno dell’Europa, anche in Austria e in Belgio il mandato dei membri della Corte è vitalizio, con il limite di settanta anni<sup>102</sup>.

Seguendo questa stessa filosofia, ma senza portarla alla sua manifestazione più estrema, altri Paesi stabiliscono ampi periodi di mandato per i giudici costituzionali. In questo modo, il mandato dei magistrati in Germania e in Russia è di 12 anni, in Bielorussia di 11 anni e nella Repubblica Ceca e in Lettonia di 10 anni. Il periodo di mandato più comune è quello di 9 anni (Albania, Bulgaria, Slovenia, Spagna, Francia, Ungheria, Italia, Lituania, Macedonia, Polonia, Romania, Ucraina e Jugoslavia)<sup>103</sup>.

Inoltre ricopre un’enorme importanza la garanzia che il giudice (se il suo posto non è vitalizio) non stia in attesa di possibili favori politici, che fondamentalmente saranno un rinnovamento del suo mandato o un’alta carica di libera designazione, come quella di ministro della giustizia. La necessità che, come esprime graficamente Zagrebelsky, il giudice torni “al posto di professore o magistrato che occupava prima di assumere l’incarico”<sup>104</sup>, è fondamentale per la sua indipendenza. Per questo sono state prospettate le misure di non rinnovamento del mandato e di divieto per un determinato periodo di tempo che il giudice non assuma incarichi di quelli prima segnalati. Queste strategie sono state plasmate costituzionalmente. Per esempio, in Perù, l’articolo 201 della Costituzione, proibisce la rielezione immediata dei membri del Tribunale Costituzionale. In Venezuela, l’articolo 264 della Costituzione del 1999, stabilisce che i magistrati del Tribunale Supremo di Giustizia siano eletti per un periodo unico di dodici anni, il che implica una proibizione di rielezione<sup>105</sup>. Esiste anche una proibizione di rielezione dei membri della corte costituzionale in Germania e in Italia<sup>106</sup>.

Un’altra misura destinata ad assicurare l’indipendenza della corte, ma non relazionata con il criterio di elezione dei suoi giudici è la ricusazione. In Germania, secondo la BVerfGG, 47, 105 (108: commissione di tre), la legge stabilisce come causa di esclusione “la relazione

-----  
101. Zagrebelsky, G., *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*, op. cit., p. 91.

102. Nogueira Alcalá, H., *La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el Derecho Constitucional comparado*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 1, 2004, p. 76.

103. Ibid., p. 77.

104. Zagrebelsky, G., *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*, op. cit., p. 89.

105. Pegoraro, L., *La justicia constitucional: Una perspectiva comparada*, op. cit., p. 45.

106. Nogueira Alcalá, H., *La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el Derecho Constitucional comparado*, op. cit., p. 79.

particolarmente stretta e privata del giudice con una delle parti o con la questione litigiosa”<sup>107</sup>. E, ovviamente affinché tale misura funzioni si deve concedere alle parti interessate il diritto di ricusare il giudice. Così, “in accordo con il § 19.1,3 BVerfGG, chiunque faccia parte del procedimento può ricusare un giudice, o lo stesso giudice può dichiarare se stesso incompatibile”<sup>108</sup>.

Nella praticamente totalità degli Stati, i magistrati della corte costituzionale sono eletti sia direttamente dal legislativo, sia dall’esecutivo e dopo ratificati dal parlamento o da una delle sue camere. Pegoraro afferma, riferendosi al Presidente nordamericano, in questo processo di elezione, che “ogni presidente cercherà di perpetuare la propria “dottrina” nel tempo, mediante la nomina di giudici a lui più vicini”<sup>109</sup>. Per questo, un’altra misura di una certa utilità è quella di esigere ampie maggioranze ai parlamenti che approvano la nomina dei membri della corte costituzionale, poiché quanto maggiore sia la necessità di consenso, inizialmente, maggiore sarà la probabilità di elezione di alcuni giudici sui quali i deputati confidano, non per la loro parzialità, ma per il loro innegabile prestigio. Così, in Perù i sette magistrati che costituiscono il Tribunale Costituzionale sono eletti e nominati dal Congresso unicamerale con il voto dei due terzi del numero legale dei membri del Congresso, tutto questo secondo l’articolo 201 della Costituzione e l’articolo 7° della Legge Organica N° 26.435 del Tribunale Costituzionale. Purtroppo, questa misura è solita degenerare in patti tra forze che, coscienti del loro peso politico, accettano una percentuale di magistrati proporzionale allo stesso, in cambio di appoggiare una lista nella quale quelli del partito rivale e maggioritario abbiano un peso superiore.

-----  
107. Karl Geck, W., “*Status*” de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n. 8, N° 22, 1988, p. 201.

108. Pegoraro, L., *La justicia constitucional: Una perspectiva comparada*, op. cit., p. 91.

109. Nogueira Alcalá, H., *La independencia y responsabilidad del juez constitucional*, in *El Derecho Constitucional comparado*, op. cit., pp. 71-72.

Un’esperienza di spirito simile è stata realizzata in Ecuador, dove i nove magistrati sono eletti e nominati dal Congresso Nazionale unicamerale, secondo quanto determina l’articolo 275 della Costituzione vigente, integrata dagli articoli dal 5° al 7° della Legge di Controllo di Costituzionalità del 1997, due di essi scelti dalle terne inviate dal Presidente della Repubblica; due dalle terne integrate dalla Corte Suprema di Giustizia, con membri estranei ad essa; due eletti dal Congresso, tra persone che non siano legislatori; uno, dalla terna presentata dai sindaci municipali e prefetti provinciali; uno, dalla terna inviata dalle Camere della Produzione; uno, dalla terna mandata dalle centrali di lavoratori e organizzazioni contadine e indigene.

Anche in Honduras esiste una giunta che nomina i magistrati della Corte Suprema di giustizia, presieduta da un magistrato della stessa corte e costituita da un rappresentante del collegio di avvocati, da un altro della commissione dei diritti umani, da un altro del Consiglio honduregno dell’impresa privata, da un altro delle confederazioni di lavoratori, da un altro dalle organizzazioni della società civile e da un altro dai consigli dei professori della Facoltà di Diritto delle università del Paese, redigendo una lista di 15 avvocati dai quali il Parlamento sceglie i magistrati.

Un'altra alternativa per spolticizzare l'elezione dei giudici costituzionali sarebbe quella di coinvolgere i diversi settori della società, così come è stato stabilito in Venezuela. Lì, i magistrati della Sala Costituzionale del Tribunale Supremo sono eletti dall'Assemblea Nazionale (Parlamento Unicamerale Federale, art. 264 della Costituzione). L'articolo 271 della Costituzione afferma l'esistenza di un Comité di Postulazioni Giudiziarie, il quale "sarà integrato da rappresentanti dei diversi settori della società, in conformità con ciò che stabilisca la legge". Quest'organo, secondo l'articolo 264 della Costituzione, riceverà le postulazioni dei giuristi che desiderino far parte del Tribunale, facendo una preselezione. La lista dei preselezionati si consegna al Potere Cittadino, organo configurato dal Ministero Pubblico, dalla Corte dei Conti Generale della Repubblica e dalla Difesa del Popolo, (art. 273 della Costituzione). Il Potere Cittadino realizza una seconda preselezione, inviando una lista dei prequalificati all'Assemblea Nazionale, secondo l'articolo 264 della Costituzione, la quale realizza l'elezione definitiva di magistrati<sup>110</sup>.

Si potrebbe prospettare un'ultima e (data la sua contraddizione con quanto disposto nella praticamente totalità di regolazioni sull'elezione di magistrati costituzionali) rivoluzionaria misura: l'elezione dei membri della corte costituzionale per sorteggio. Attualmente, l'esigenza di meriti oggettivi che avallino il prestigio dei candidati a magistrato è una realtà<sup>111</sup>. Si potrebbe aumentare la rigidità dei requisiti (essendo tutti quanti oggettivamente constatabili e mai passibili di manipolazione) e, sulla base di una lista molto più ridotta, procedere al sorteggio dei posti? In Grecia la Corte Costituzionale è composta "dal presidente dei Tribunali Supremi e otto magistrati designati per sorteggio, ogni due anni"<sup>112</sup>, sebbene i giudici del Tribunale Supremo siano nominati a vita dal Presidente, dopo aver consultato il Consiglio Giudiziario e il Tribunale Supremo Speciale. Tuttavia, l'idea del sorteggio, all'essere sfruttata, potrebbe supporre un grande progresso nell'indipendenza dei membri delle corti costituzionali, sebbene dovrebbe andare sempre integrata, nei casi in cui la nomina non fosse vitalizia, dalla proibizione di fruire di incarichi di designazione politica da parte dei magistrati, per un lunghissimo periodo di tempo.

-----  
110. Gutiérrez de Colmenares, C. M<sup>a</sup>., *Sistemas de elección y remoción de los magistrados de las salas y tribunales constitucionales en Centroamérica, evaluación crítica*, in *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año n. 4, N° 2, 2006, p. 656.

111. L'articolo 159.2 della Costituzione spagnola stabilisce che "i membri del Tribunale Costituzionale devono essere nominati tra Magistrati e Procuratori, Professori di Università, funzionari pubblici e avvocati, tutti quanti giuristi di riconosciuta competenza con più di quindici anni di esercizio della professione". In Germania, oltre a tale requisito, i magistrati devono avere, almeno quarant'anni di età. In Italia, l'articolo 135.2 prevede che i magistrati eletti debbano avere venti anni di esercizio della professione, potendo, perfino, essere in pensione (Agudo Zamora, M., *El modelo institucional europeo de Justicia Constitucional*, op. cit., p. 14).

112. Weber, A., *La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: Una comparación*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n. 6, N° 17, 1986, p. 53.

### 3.2. La ragionevolezza come limite alla discrezionalità giudiziale

#### 3.2.1. Una ragionevolezza che trascende la corte costituzionale e si proietta sul giudice ordinario

L'importanza dei principi in un sistema neocostituzionalista di *Civil Law* non solo interessa il giudice costituzionale, ma anche quello ordinario. Secondo le parole di Carmona Tinoco, “tutti i giudici sono in maggiore o in minor misura e indipendentemente dalla loro denominazione, categoria e autorità, (...) giudici costituzionali”<sup>113</sup>. Così, l'autore distingue tra interpretazione costituzionale implicita e provvisoria, che è quella propria dei giudici ordinari, e quella esplicita e definitiva, realizzata dal giudice costituzionale<sup>114</sup>. Nella maggior parte dei sistemi di *Civil Law* (come succede in quello spagnolo), il giudice ordinario non potrà a differenza di quello costituzionale, dichiarare l'incostituzionalità di una norma, ma solo smettere di applicarla qualora dubiti della sua costituzionalità, sospendendo il processo e presentando il caso alla corte costituzionale affinché determini se effettivamente è contraria alla costituzione<sup>115</sup>.

Però, all'interno del margine interpretativo che concede il testo della disposizione, e ricorrendo a figure come l'analogia, il giudice ordinario potrà optare per interpretazioni molto diverse, essendo fondamentali i principi costituzionali al momento di scegliere una di esse. L'astrazione derivata dai principi si è estesa senza alcun dubbio al compito del giudice comune. È vero che la proporzione di “regole” o disposizioni concrete con cui lavora il giudice ordinario è molto più superiore a quella del giudice costituzionale, e che la sua subordinazione alla legge infracostituzionale è indubbiamente maggiore, però la ponderazione di principi costituzionali è una tecnica per nulla estranea al suo lavoro quotidiano<sup>116</sup>.

Però se il giudice comune usa la tecnica di ponderazione, anche la corte costituzionale utilizza le tecniche proprie dell'applicazione ordinaria del diritto (criteri grammaticale, sistematico, etc...). Così in Spagna “i criteri tradizionali che enuncia l'articolo 3.1 del Codice

---

113. Carmona Tinoco, J. U., *La interpretación judicial e impartición de justicia*, in *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México 1998, p. 173.

114. Carmona Tinoco, J. U., *La interpretación judicial constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México DF 1996, p. 107.

115. Fix-Zamudio, H., *El juez ante la norma constitucional*, op. cit., p. 36.

116. E così riconosce il Tribunale Costituzionale spagnolo (TC) “Anche se tale ponderazione deve essere realizzata, inizialmente, dall'organo giurisdizionale che conosce le trasgressioni addotte o le intromissioni del diritto all'onore, è compito di questo Tribunale Costituzionale revisionare l'adeguatezza della ponderazione realizzata dai Giudici e dai Tribunali ordinari, allo scopo di determinare se l'esercizio della libertà, riconosciuto nell'articolo 20, compie le esigenze del principio di proporzionalità e si manifesta o meno costituzionalmente legittimo” (STC 214/1991 dell' 11 novembre, F. J. 6°).



Civile possono e devono essere applicati non solo nell'interpretazione in generale, ma anche nell'interpretazione delle norme costituzionali<sup>117</sup>. L'interpretazione "conforme alla costituzione" non sostituisce il mandato dell'articolo 3.1 del Codice Civile spagnolo giacché previamente si è dovuta verificare l'interpretazione legale (della legge messa in discussione davanti al tribunale) secondo i canoni tradizionali che enuncia questo articolo. Quindi, l' "interpretazione conforme" si deve muovere in prima istanza all'interno dei parametri segnati dall'articolo 3.1 del Codice Civile<sup>118</sup>. Tuttavia, è vero che l'interpretazione del Tribunale Costituzionale "si rialza per la proliferazione di norme di carattere aperto, valori e principi da esaminare e concretizzare, e per l'importanza dei contesti sistemico e funzionale". Da qui "che il criterio letterale è un punto di partenza ineludibile, però nell'interpretazione della costituzione i criteri sistematico e *teleologico* hanno una grande importanza"<sup>119</sup>.

Nonostante queste particolarità, è chiaro che l'interpretazione della corte costituzionale e del giudice ordinario sono diverse, ma non antagoniste. Entrambe, con tecniche non identiche, ma concomitanti, cercano in ultimo estremo la prevalenza della costituzione, vale a dire, "del diritto vivo, il diritto efficace che risulta non dalla ricostruzione del pensiero e della volontà che giacciono nel fondo della legge scritta (...), ma anche dal fine che deve perseguire la norma per il conseguimento dei postulati fondamentali del diritto"<sup>120</sup>. In tal modo, "è possibile parlare di una buona interpretazione, nella misura in cui l'interprete sia capace di darci una visione di ciò che ha interpretato, in modo che in essa si rifletta lo specchio dei valori e dei principi per i quali serve", poiché "esiste un senso della norma che bisogna spiegare per poterla applicare"<sup>121</sup>.

Questa argomentazione "in parte logica e in parte legata a valori", nella parole di Hassemer<sup>122</sup>, costituisce la ragionevolezza dell'interpretazione giudiziale, complessa ma verificabile dal ragionamento e dalla conoscenza della costituzione, e limite insormontabile della discrezionalità giudiziale. A continuazione la analizzeremo dalla doppia prospettiva dello sviluppo giurisprudenziale e della teoria dottrinale.

-----  
117. Galán Juárez, M., *La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional*, in *Isegoría*, N° 35, julio-diciembre, 2006, p. 47.

118. Ibid., p. 48.

119. Ibid., pp. 38 e 39.

120. Carmona Tinoco, J. U., *La interpretación judicial constitucional*, op. cit., p. 74.

121. Galán Juárez, M., *La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 41.

122. Ibid., p. 50.

Così, Fix Zamudio evidenzia che la riflessione del giudice "non è identica a quella che si utilizza per la conoscenza dei problemi relativi alle scienze naturali, ma richiede le proprie regole di ragionamento." (Fix Zamudio, H., *El juez ante la norma constitucional*, op. cit., p. 14). Allo stesso modo sottolinea Atienza l'importanza di considerare il Diritto non come una scienza astratta ed estranea alla realtà, ma "come una tecnica per la risoluzione di determinati problemi pratici." (Atienza, M., *El Derecho como argumentación*, in *Isegoría*, N° 21, 1999, p. 38).

### 3.2.2 La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana: il sindacato di ragionevolezza e le sue forme

Morrone ritiene che l'indipendenza e il carattere tecnico della Corte Costituzionale italiana le concedano “la titolarità di una funzione di garanzia costituzionale intesa come forma di “neutralizzazione” della *vis* polemica insita nei processi politici di relativizzazione dei valori”, sottomettendo gli accordi politici ai valori costituzionali<sup>123</sup>. Lo stesso si può dire della maggioranza degli organi di questo tipo. Però, ciò è vero? Come si può assicurare il rigore e la validità dei ragionamenti della Corte? Nelle seguenti righe esamineremo la tecnica della Corte Costituzionale italiana, la divisione dottrinale delle sue decisioni secondo le sue caratteristiche logiche e la carica di razionalità che contengono, dalla quale dipende il suo prestigio e la considerazione riguardo alla sua utilità.

Nella Corte Costituzionale italiana, “il sindacato di ragionevolezza” o giudizio di costituzionalità si divide, prendendo come base la diversa struttura dei ragionamenti della Corte, in “giudizio di eguaglianza-ragionevolezza, giudizio di razionalità e giudizio intorno al ragionevole bilanciamento di interessi costituzionali”<sup>124</sup>.

Il principio di “ragionevolezza” è intrinsecamente legato al principio di uguaglianza, che esige “un’eguaglianza o una diversità tra situazioni raffrontate”<sup>125</sup>. Con la Sentenza 53/1958 la Corte dichiara incostituzionale, per la prima volta, un atto legislativo per aver contraddetto il principio di eguaglianza, considerando che il legislatore ha la competenza per decidere se due situazioni sono o meno eguali, però una volta deciso questo, deve essere coerente con il proprio giudizio, non trattandole in modo discriminatorio. La Corte afferma che “il principio di eguaglianza è violato quando il legislatore assoggetta a una indiscriminata disciplina situazioni che esso stesso considera e dichiara diverse”. In sintesi, il legislatore deve trattare allo stesso modo situazioni eguali e in modo diverso situazioni diverse<sup>126</sup>. Questa è la base del “giudizio di eguaglianza-ragionevolezza”: impedire la discriminazione di cittadini che riuniscono i requisiti oggettivi per beneficiarsi di un determinato atto legislativo, ma sono escluse dallo stesso in modo arbitrario.

Da una prospettiva logica, il giudizio di “eguaglianza-ragionevolezza” è “meta-relazionale”, poiché nella maggioranza di giudizi di costituzionalità si paragonano soltanto la

---

123. Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, op. cit., p. 508.

124. Ibid., pp. 531 e 532.

125. Ibid., p. 39.

126. Ibid., p. 43.

norma impugnata e il parametro di costituzionalità, qui però ha luogo un ragionamento di struttura triadica in merito alle sue premesse. Dunque, si mette in relazione la norma impugnata con un'altra di riferimento (prospettata dalle parti o spiegata dalla stessa Corte) con la quale, per la sua similitudine, dovrebbe condividere il contenuto. Il terzo punto della struttura logica è il punto di vista “rilevante”<sup>127</sup>, che individua l'elemento comune che permette di determinare la somiglianza tra le situazioni presentate. Bisogna dire che la Corte ha approfondito il “giudizio di eguaglianza”, superando in alcuni casi il giudizio triadico, quando ammette che “un vizio di irragionevolezza “in sé” o “intrinseca” (...), a prescindere da qualunque comparazione valutativa riferita ad altre norme o altre situazioni normative assumibile quale etereo e impalpabile *tertium comparationis*”. Così accade, per esempio nella Sentenza 396/96<sup>128</sup>.

Il “giudizio di eguaglianza-ragionevolezza” si vede materializzato in molta giurisprudenza. Un esempio è la Sentenza 15/1960, dove si stabilisce che il legislatore non può riservare, “senza un ragionevole motivo (...) un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni”. Anche nella Sentenza 1009/88, si dispone “il principio di cui all'art. 3 della Costituzione è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione della identità (...) delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe”<sup>129</sup>. In conclusione, il fondamento razionale di questa tecnica di giudizio risulta impeccabile, concedendo risultati oggettivi in numerosi casi in cui il trattamento discriminatorio è indiscutibile e, perfino, nei casi più complicati, obbligando il giudice a dare un fondamento alla sua decisione, seguendo un ragionamento che deve essere motivato e trasparente e, pertanto, solleverà senza dubbio i sospetti di giuristi e cittadinanza se non è ben fondato.

Analizziamo adesso “il giudizio di razionalità”. “Il concetto di “razionalità della legge” rimanda ad una generale esigenza di coerenza delle prescrizioni normative nel sistema giuridico complessivamente considerato”<sup>130</sup>. Nella giurisprudenza della Corte, la coerenza si capisce in senso logico, teleologico e storico-sistematico<sup>131</sup>. Iniziamo con l'analisi della coerenza logica. Da questa prospettiva, si esamina la legge “da una valutazione meramente negativa quale è l'accertamento intorno alla non contraddizione delle prescrizioni normative”<sup>132</sup>. Questo si

-----  
127. Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, op. cit., pp. 80 e segg.

128. Ibid., p. 122.

129. Ibid., pp. 62 e 63.

130. Ibid., p. 146

131. Ibid., pp. 177 e segg.

132. Ibid., p. 176.

proietta sulla legge considerata isolatamente, e in relazione al sistema o sottosistema giuridico a cui appartiene. In primo luogo, la legge non può andare contro se stessa.

Quindi, bisogna garantire la “non contraddizione tra disposizione e *ratio legis*”, vale a dire, tra gli obiettivi della norma e le disposizioni destinate a svilupparli (caso paradigmatico è quello della Sentenza 117/79, che dichiara l’irrazionalità del giuramento su Dio per gli atei, dato che la finalità della norma è quella di vincolare, ed evidentemente nessuno si sentirà vincolato, a giurare su qualcosa in cui non si crede)<sup>133</sup>. Neanche si può essere incoerente con un sistema o un “sottosistema di norme” (così come sarebbe il caso di una norma penale contraria al principio del *non bis in idem*)<sup>134</sup>, né incompatibile con qualche precedente costituzionale<sup>135</sup>. Se non soddisfa questi requisiti, sarà annullata perché incorre nel cosiddetto “vizio di illogicità”.

La coerenza, in senso teleologico, suppone un passo avanti nel controllo di costituzionalità, poiché non si limita ad occuparsi delle contraddizioni interne o esterne della legge, ma a chiarire se i mezzi posti dal legislatore per compiere i fini della stessa siano adeguati. Per realizzare questo giudizio di coerenza si ricorre ai controlli di coerenza teleologica in senso stretto, “adeguatezza” e “proporzionalità”. Attraverso il controllo di “coerenza teleologica in senso stretto”, si verifica la “mera compatibilità tra disposizione e scopo della legge”<sup>136</sup>. Il controllo di “adeguatezza-idoneità” vuole verificare se la norma è “in grado di inverare la *ratio legis*. Non conta tanto che la disposizione normativa possa realizzare il proprio scopo, quanto che essa sia capace, idonea, adeguata a farlo”<sup>137</sup>. Bisogna evidenziare che lo standard di “adeguatezza-idoneità” è reiteratamente usato nei casi di diritti fondamentali<sup>138</sup>. Infine, “il rapporto tra prescrizione e fine legislativo, oltretutto in termini di adeguatezza-idoneità (...) viene più spesso misurato secondo criteri di “proporzionalità”<sup>139</sup>. La proporzionalità si prospetta come la necessità di “mitigare il rigore del comando positivo al cospetto dei casi della vita e delle relative, specifiche utilità”<sup>140</sup>. La regolazione, che osservata da una prospettiva generale, passa il filtro dell’“adeguatezza”, adesso deve mostrare di essere capace di adattarsi a ogni situazione concreta in cui si possa dover applicare, ottenendo risultati positivi. Questo criterio di proporzionalità si è manifestato in diverse forme della giurisprudenza italiana<sup>141</sup>.

-----  
133. Ibid., p. 153.

134. Ibid., pp. 155 e segg.

135. Ibid., pp. 160 e segg.

136. Ibid., p. 535.

137. Ibid., p. 187.

138. Ibid., p. 190.

139. Ibid., p. 191.

140. Ibid., p. 192.

141. Ibid., si vedano le pp. 192 e segg.

Infine, la coerenza in senso storico-sistematico di una legge giudica la sua “perdurante utilità” in relazione alla realtà sociale del presente, che può essere diversa da quella che esisteva quando è stata emessa, producendosi in questo caso un “anacronismo legislativo” che giustifica il suo annullamento<sup>142</sup>. È decisiva a tal proposito l’evoluzione dell’*ethos* sociale, che conduce a una concezione diversa dei principi costituzionali e dei valori sociali.

Prenderemo in considerazione, infine, il “giudizio intorno al ragionevole bilanciamento di interessi costituzionali”. I valori costituzionali si possono dividere in: diritti fondamentali, e altri principi che non prendono la forma di diritti individuali, però costituiscono le basi della forma dello Stato e della convivenza sociale (come il principio di solidarietà interterritoriale in Spagna). Tutti quanti hanno “la forza di orientare la convivenza giuridica”, e bisogna evidenziare che “la dimensione reale dei valori costituzionali si manifesta comunemente sotto la forma di interessi” che, per la genericità dei precetti costituzionali e della sua varietà, darà luogo a conflitti tra loro<sup>143</sup>. Vale a dire, gli interessi costituzionali sono espressione pratica dei valori della norma fondamentale.

Esistono conflitti “intra valori e inter valori”. I conflitti “intra valori” si producono tra “soggetti diversi in posizione antagonistica” all’interno dello stesso valore (per esempio le dimensioni soggettiva e collettiva del diritto alla salute)<sup>144</sup>. I conflitti “inter valori” sorgono tra valori diversi della costituzione<sup>145</sup>. La soluzione per tutti si trova nella tecnica della *ponderazione*. “Il bilanciamento presuppone interessi equiparati o equiparabili, laddove cioè tra essi non risulti stabilito alcun rapporto di ordine o di rango” (per esempio quando si stabilisce l’utilità sociale come limite all’iniziativa economica privata)<sup>146</sup>, in modo che se la Costituzione o la Corte stabiliscono una gerarchia tra i principi costituzionali, questa sarà applicata automaticamente, però, in sua assenza, si dovrà ricorrere al giudizio di ponderazione. In questo senso la Corte Costituzionale italiana ha determinato che “i principi supremi e il contenuto essenziale dei diritti inviolabili delimitano il perimetro - ossia i confini esterno e interno - entro il quale le operazioni di bilanciamento possono legittimamente esperirsi”<sup>147</sup>, ossia, non potranno mai essere relativizzati come conseguenza di un atto di ponderazione. Questi principi sono il valore della dignità umana, come base dei diritti inviolabili della persona, il principio di sovranità, il principio pluralista, il principio di laicità dello Stato, il principio di eguaglianza

-----  
142. Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, op. cit., p. 235.

143. Ibid., p. 277.

144. Ibid., p. 281.

145. Ibid., p. 283.

146. Ibid., pp. 286 e 287.

147. Ibid., pp. 295 e 296.

formale e sostanziale, e il principio di “indefettibilità della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali”<sup>148</sup>.

Attraverso la ponderazione, la Corte italiana persegue “il riequilibrio nei confronti di interessi che il legislatore, nella disciplina positiva, ha irragionevolmente posticipato”, tuttavia si stabilirà sempre una precedenza “condizionata, concreta e relativa”<sup>149</sup>. La Corte dichiarerà la prevalenza di un diritto su un altro, ma solo per il caso che si giudica, rimanendo entrambi nella posizione di virtuale eguaglianza giuridica, che con carattere generale, concede loro la Costituzione. In questo contesto si producono i conflitti tra i diritti fondamentali, che abbiamo già analizzato nel punto 5 del capitolo precedente, e che si risolve mediante il giudizio di ponderazione lì accennato. Come abbiamo già visto, i diritti trovano i loro limiti nel rispetto al contenuto essenziale di quelli che possono vedersi danneggiati per il loro esercizio. Vediamo, a continuazione, il processo generale che si segue per la ponderazione dei principi costituzionali, siano o meno diritti fondamentali.

La Corte, in primo luogo, determina gli interessi costituzionali in conflitto, i fini della legge o delle leggi messi in discussione per la loro presunta incostituzionalità, e le misure che queste prevedono per raggiungere tali fini<sup>150</sup>. Un volta chiariti questi estremi e la vera esistenza di un conflitto tra principi, la Corte dovrà decidere qual è quello che deve prevalere e quello che deve essere ristretto, come la posizione esatta nella quale rimarrà il principio “sacrificato” o “ristretto”, tuttavia la sua totale sottomissione non implica il suo totale annullamento. Tuttavia, per realizzare questa restrizione bisogna dare una giustificazione necessaria, sufficiente e proporzionata<sup>151</sup>. Mediante i criteri di necessità e di sufficienza, la Corte si assicura che la misura che adotterà non avrà alternativa, è l’unica che può essere adottata per proteggere l’interesse prevalente senza provocare danni rilevanti per altri, e sempre rispettando il suo contenuto essenziale. Il testo di necessità può giustificare l’annullamento di alcuni diritti in situazioni di emergenza. D’altro canto, e attraverso il giudizio di proporzionalità, la Corte determina la “misura” di sacrificio accettabile secondo le norme sottomesse al parametro<sup>152</sup>.

Vale a dire, la Corte deve chiarire fino a che punto è giustificato danneggiare un principio costituzionale nel caso specifico, cosa che si potrà fare solo determinando il valore, che in questo caso, possiede quello che si trova sull’altro lato della bilancia. Una volta assunto il grado di sacrificio accettabile, si deve accertare che la misura che lo renderà effettivo è, tra quelle

-----  
148. Ibid., p. 291.

149. Ibid., pp. 301 e 302.

150. Ibid., p. 361.

151. Ibid., p. 364.

152. Ibid., pp. 368 e 369.

capaci di salvaguardare il principio “privilegiato”, quella che causa il danno minore al principio “assoggettato”.

Si concede un potere di libera disponibilità alla Corte per accogliere i criteri e le tecniche di “bilanciamento” che consideri conformi ad ogni caso<sup>153</sup>. I classici criteri di interpretazione letterale, teleologico o logico sistematico non si trovano gerarchizzati per il compito della Corte, ma in ogni caso, dipendendo dalle sue caratteristiche concrete, prevarranno gli uni sugli altri<sup>154</sup>. I referenti di ponderazione utilizzati in questo processo saranno “la coerenza, l’idoneità o l’adeguatezza, il sindacato intorno agli automatismi legislativi, la congruità, il sindacato intorno alla non illogicità, o intorno alla discrasia tra presupposti di fatto e relativo apprezzamento in diritto, la necessità, il sindacato di proporzionalità”<sup>155</sup>. Dunque, il test di necessità esige l’“adeguatezza” della soluzione che si prenderà, e in ogni sentenza di questo tipo, la Corte dovrà cercare un equilibrio tra principi, *coerente* con la Costituzione e severamente *proporzionale*, dando ad ogni principio il peso che gli corrisponde nel caso specifico. Come vedremo, sono referenti molto simili a quelli usati nel “giudizio di razionalità”, ma con la differenza che nel tipo di giudizio di cui ci occupiamo è permesso reprimere un principio costituzionale sulla base della salvaguardia di un altro<sup>156</sup>.

Una volta conclusa l’analisi di quest’ultima modalità di “sindacato di ragionevolezza”, esamineremo alcuni elementi che caratterizzano la natura di questo giudizio in qualunque sua accezione. In primo luogo, analizzeremo il significato esatto della “ragionevolezza” che si persegue in ogni atto della Corte. La “ragionevolezza” è una “razionalità orientata assiologicamente, ossia guidata da valori consapevolmente assunti come imperativi, trascendenti la mera individualità di un singolo o di una comunità e quindi, sentite come necessariamente intersoggettivi, non più strumentali. Questa razionalità, nella prospettiva del costituzionalismo, afferisce e trova il suo perfezionamento nei valori costituzionali. Questi ultimi, infatti, non possono considerarsi semplicemente valori relativi, storicamente dati o addirittura potenzialmente tirannici, ma sono frutto di elaborazione condivisa e consapevole dei componenti di una società che, per mezzo di essi, vuole orientare il divenire del processo storico”<sup>157</sup> e, così, hanno una vocazione di obiettività. Ossia, il concetto di *ratio* che ogni norma giuridica deve seguire, è, dalla prospettiva della “ragionevolezza”, “l’esigenza che la legge trovi forza legittimamente nei valori fondamentali tradotti nei principi della costituzione”<sup>158</sup>. In

-----  
153. Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, op. cit., p. 378.

154. Ibid., p. 404

155. Ibid., pp. 363 e 364.

156. Ibid., p. 539.

157. Ibid., p. 464.

158. Ibid., p. 465.

In sintesi, la “ragionevolezza” è una proiezione della razionalità verso il conseguimento dei valori costituzionali che devono ispirare ogni norma inferiore.

L’interpretazione del giudice costituzionale italiano non ha solo una funzione “ricognitiva di pensiero, ma ha la funzione di sviluppare direttive per l’azione pratica o per un’opzione: il precetto - mediante un processo direttamente proporzionale al grado di astrattezza-lontananza dalla concreta situazione di fatto - deve essere rielaborato, rinnovato, adattato e adeguato alla vita e alla natura dei rapporti disciplinari”<sup>159</sup>. Senza dubbio, questo lavoro concede un potere enorme alla Corte, ma decisamente condizionato, in quanto al suo esercizio, dai precetti costituzionali e dalla logica dei fatti che le si prospettano. Quindi, “il tasso di discrezionalità del sindacato di ragionevolezza è fortemente contenuto dalla complessità dell’oggetto (testi e contesto) e delle valutazioni ad esso inerenti”<sup>160</sup>, poiché, “il giudizio di ragionevolezza” non è altro che un “giudizio che media tra testi e contesto, come giudizio di valore finalizzato ad una scelta normativa adeguata alla realtà sociale”<sup>161</sup>. In tal modo, “il giudizio di ragionevolezza” ha una giustificazione interna: “un aggancio forte al testo della costituzione” e una esterna: “la coerenza della motivazione nel seguire «procedimenti argomentativi standardizzati»”<sup>162</sup>, che deve compiere per essere valido.

Nonostante questo, la logica del “giudizio di ragionevolezza” non è la logica del “vero, bensì del verosimile”<sup>163</sup>. Non si può affermare che la Corte troverà sempre l’“unica risposta corretta” (sempre che essa esista), ma senza dubbio ha il dovere indispensabile di giustificare le proprie decisioni con un’argomentazione rigorosa e completa, che induca al rispetto e all’osservanza perfino coloro che non le condividono. Dall’altro lato, non è vero che la Corte annulla la discrezionalità del legislatore con le sue decisioni. Il legislatore ha un margine di discrezionalità delimitato dall’irrazionalità della decisione<sup>164</sup>, che in nessun modo restringe le proprie opzioni a una o a poche. Le costituzioni attuali, nella loro diversità e nel loro pluralismo, ammettono numerose linee di azione politica, sempre che queste non attendino all’essenza dei loro valori. Di conseguenza, la Corte rispetta l’ampio arbitrio del legislatore, limitandosi a perseguire la sua arbitrarietà. Questo porta Morrone a definire il “sindacato di ragionevolezza” come un “sindacato analogo al controllo sull’eccesso di potere”<sup>165</sup>.

-----  
159. Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, p. 409.

160. Ibid., p. 428.

161. Ibid., p. 431.

162. Ibid., p. 445.

163. Ibid., p. 540.

164. Ibid., p. 361.

165. Ibid., p. 449.



### 3.2.3. Una percezione dalla dottrina

#### 3.2.3 a) Discrezionalità e ragionevolezza nel lavoro del giudice costituzionale

Autori come Alexy coincidono nel distinguere il testo degli enunciati giuridici dalle norme effettivamente vigenti. Secondo le parole di Alexy, regole e principi non sono che “ragioni per norme”<sup>166</sup>, vale a dire, materiali giuridici dalla cui applicazione coerente nascono le norme specifiche che regoleranno ogni caso concreto. Mazzaresse, ammettendo il “carattere linguisticamente dipendente del diritto”<sup>167</sup>, riconosce che il linguaggio “è effettivamente il temine che informa, ed infatti definisce i termini sui quali la conoscenza giuridica si può effettivamente sorreggere”, sebbene questo non implica che il diritto sia solo linguaggio<sup>168</sup>. Vale a dire, gli enunciati giuridici sono la base dell’interpretazione, però questa li trascende, costruendo una norma giuridica frutto di testo legale, contesto fattuale, principi giuridici e ragionamento normativo. E questo fa diventare essenziale la figura dell’interprete.

Le teorie dell’argomentazione giuridica prossime al neocostituzionalismo partono dall’“abbandono del postulato del legislatore razionale e dallo spostamento dell’esigenza di razionalità all’interprete/applicatore giuridico”<sup>169</sup>. Questa nuova prospettiva obbliga ad una profonda analisi delle tecniche utilizzate dal giudice per determinare se il rigore del suo ragionamento è all’altezza della sua potestà interpretativa.

Aarnio basa la sua teoria dell’argomentazione giuridica su una dimensione formale, che si incentra sulla prevedibilità del diritto, e su un’altra materiale, relativa al contenuto dello stesso. Quest’ultima persegue “due esigenze nella decisione giuridica: da un lato, la concordanza con il diritto (valido), e, dall’altro, il soddisfacimento di determinati criteri di giustizia e di equità (correzione materiale della decisione). Questa dimensione implica un elemento valutativo o assiologico. Così inteso, il concetto di certezza giuridica stabilisce una connessione interna (vale a dire, dal punto di vista del partecipante) tra il diritto e la morale, sul piano dell’applicazione”<sup>170</sup>. Da questa prospettiva, si persegue un diritto razionale, e ragionevole (dimensione materiale, identificata da Aarnio con i valori costituzionali) coincidendo, nella

-----  
166. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p.103.

167. Mazzaresse, T., *La interpretación jurídica como traducción. Esclarecimientos provenientes de una analogía común*, in *Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 9, octubre de 1998, p. 79.

168. Ibid., p. 81.

169. Cabra Apalategui, J. M., *Racionalidad y argumentación jurídica (sobre el concepto de racionalidad procedimental y la relación derecho-moral en el razonamiento jurídico a propósito de las teorías de Aulis Aarnio y Robert Alexy)*, in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas Año n° 5, N° 9, 2000, pp. 153 e 154.

170. Ibid., p. 160.

duplicità razionalità-ragionevolezza, sostenuta dalla Corte Costituzionale italiana ed esposta da Morrone, al momento di giustificare il contenuto del diritto.

Dall'altro lato, Alexy sostiene un modello di “costituzionalismo discorsivo”, che si costruisce sui concetti di diritti fondamentali, ponderazione, discorso, controllo di costituzionalità e rappresentazione<sup>171</sup>. La chiave di questo modello si trova nel protagonismo del giudice (innanzitutto del giudice costituzionale), come interprete di un diritto la cui cuspide si trova nella costituzione e nei diritti fondamentali, un modello giuridico basato sulla convinzione che le premesse normative si possono e si devono giustificare razionalmente nell'applicazione giudiziaria, d'altra parte imprescindibile, per raggiungere un diritto giusto ed efficace nella pratica<sup>172</sup>. Nel modello sostenuto da Alexy, la corte costituzionale è legittimata ad essere il supremo interprete dell'ordinamento, poiché “la rappresentazione del popolo nella corte costituzionale è argomentativa”, secondo un modello di democrazia deliberativa, vale a dire, il popolo sceglie la corte attraverso la costituzione affinché stabilisca le linee interpretative dell'ordinamento, giacché confida nella sua capacità discorsiva e assume i ragionamenti che provengono dallo stesso. La corte costituzionale esprime argomenti accettati dal popolo e questa è la fonte della sua legittimità. Pertanto, è imprescindibile per la sopravvivenza di ogni corte costituzionale che questa si concepisca, primo, come un'istanza di riflessione del processo politico, e secondo, che sia, di fatto, accettata come tale<sup>173</sup>.

Alexy ritiene che ci sono due procedimenti per applicare i principi costituzionali: l'ordine rigido e cardinale, che conferisce un valore numerico ad ogni principio, in modo che ad ognuno venga ascrivito un peso specifico *prima facie*<sup>174</sup>, e l'ordine debole, basato sulla ponderazione. L'autore rifiuta dall'inizio il primo modello, affermando che non si può stabilire un ordine rigido tra principi (equivalente a quello numerico), giacché il valore di ogni principio è

-----  
171. Alexy, R., *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, in Alexy R., Andrés Ibáñez, P., *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, México D.F., 2006, p. 1.

172. Ibid, p. 9.

173. Alexy, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, op. cit., pp. 14 e 16.

L'autore ritiene che “un Tribunale Costituzionale che con argomenti di diritti umani e giusfondamentali si pronunci contro un risultato del processo politico, viene concepito come istanza di riflessione del processo politico, sempre e quando non solo reclami *negativamente* che tale risultato non si adatta ai parametri di diritti umani e diritti fondamentali, ma inoltre *esiga positivamente*, che i cittadini approvino gli argomenti del Tribunale, se fanno parte di un discorso razionale giuridico-costituzionale. Un Tribunale Costituzionale è accettato come istanza di riflessione del processo politico, quando gli argomenti del Tribunale trovano un'eco nell'opinione pubblica e nelle istituzioni politiche, il che conduce a riflessioni e discussioni, le quali si rivelano convinzioni esaminate. Quando questo processo di riflessione tra l'opinione pubblica, il legislatore e il Tribunale Costituzionale si stabilizza in modo permanente, si può parlare di una istituzionalizzazione dei diritti umani di successo nello Stato Costituzionale democratico” (Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, op. cit., pp. 40-41).

174. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 154 e segg.

radicalmente condizionato dalle circostanze in cui si manifesta (non è lo stesso, per esempio, lanciare duri attacchi verbali contro un rappresentante politico in relazione alla sua gestione che contro un cittadino anonimo e, di conseguenza, il margine di libertà di espressione è diverso in ogni caso). Come evidenza nello stesso senso il Tribunale Costituzionale spagnolo: mediante la ponderazione “non si tratta di stabilire gerarchie di diritti né prevalenze *a priori*, ma di conciliare, dalla situazione giuridica creata, entrambi i diritti o le libertà, ponderando, soppesando ognuno di essi, nella loro efficacia reciproca” (STC 320/1994).

Alexy ammette un “ordine debole”, basato su: 1) un sistema di condizioni di priorità, di radice giurisprudenziale, che ha le basi sul riconoscimento che “sotto una condizione determinata e relativamente astratta” un principio prevale su di un altro, come succede quando una corte costituzionale decide sulla prevalenza di un principio in determinate circostanze, creando un precedente per tutte le situazioni future che la riproducano; 2) un sistema di strutture di ponderazione, costruito sul principio di proporzionalità e sui suoi tre sottoprincipi di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto che abbiamo già menzionato in questo capitolo, e 3) un sistema di priorità *prima facie*, sorto da quanto disposto nella stessa costituzione. Questo sistema stabilisce delle condizioni di priorità, da cui derivano cariche di argomentazione a favore di certi principi in astratto, in modo che il principio X prevarrà su quello Y, se non si verificano delle buone ragioni per il contrario (questo succede quando la costituzione stabilisce esplicitamente che un interesse costituzionale sarà, all’inizio, assoggettato ad un altro, cosa che di solito non è frequente, poiché come sappiamo, i principi si collocano in generale sul piano di eguaglianza<sup>175</sup>). L’ordine debole, di conseguenza, rinuncia a classificazioni numeriche e si concentra sul chiarire la prevalenza di uno o di un altro principio appoggiandosi sulle condizioni fattuali. Dalla prospettiva di Alexy, la ponderazione non conduce ad unica risposta corretta, ma a una (o varie) decisioni razionalmente valide che il giudice costituzionale potrà scegliere rispetto a quelle arbitrarie o non giustificate.

Soffermiamoci su alcuni dettagli del modello ponderativo. Il principio di proporzionalità richiede, come abbiamo già visto analizzando i limiti dei diritti fondamentali, che “quanto più intensa sia l’interferenza in un principio, più importante deve essere la realizzazione dell’altro principio”<sup>176</sup>. Utilizzando un esempio, Alexy dice che per sapere se una misura di protezione M viola un diritto di difesa, “non bisogna far altro che chiedersi se, attraverso l’adozione di M, l’intensità di interferenza con il diritto di difesa (Ii) sia superiore a quella che sarebbe l’intensità

-----  
175. Alexy, R., *Derecho y razón práctica*, Distribuciones Fontamara, México D.F. 1998, pp. 16-17.

176. Ibid., p. 31.

dell'interferenza con il diritto di protezione (Ij) non adottando M”<sup>177</sup>.

Alexy ammette che in questo processo si possono utilizzare argomenti “dogmatici, pregiudiziali, pratici ed empirici in generale”<sup>178</sup>, oltre a quelli strettamente giuridici, però senza cadere nell'utilitarismo che porti a limitare i diritti individuali a favore di presunti interessi collettivi. Il nostro autore indica anche che nel compito del tribunale costituzionale si utilizzano, malgrado la loro astrazione, gli argomenti che caratterizzano ogni interpretazione giudiziale<sup>179</sup>.

Secondo Alexy “la determinazione del peso di argomenti di diverse forme deve avere luogo secondo regole di ponderazione”, per cui, così come ha evidenziato Morrone riferendosi alla Corte italiana, la corte costituzionale avrà la libertà per scegliere i criteri interpretativi preponderanti in ognuno dei casi<sup>180</sup>, conforme al loro grado di utilità per tale caso.

Alexy concede un immenso potere a questo processo interpretativo, sostenendo che esistono “norme distaccate”, che nascono dalle interpretazioni che si realizzano delle norme costituzionali esplicitamente positivizzate, allo scopo di svilupparle e specificarle facendole diventare applicabili nella pratica. La legittimità di queste norme distaccate dipende dall’ “argomentazione giusfondamentale che di essa sia possibile”<sup>181</sup>. L'autore arriva anche ad affermare, avvalendosi di certa giurisprudenza della corte costituzionale tedesca, che, in casi estremi, il testo delle disposizioni giusfondamentali può essere sostituito dall'interpretazione costituzionale, quando la corte costituzionale ritenga che le ragioni per respingere il tenore letterale della norma abbiano “un peso tale che, dal punto di vista della costituzione, giustifichino un allontanamento dal suo testo”, sebbene è chiara l'importanza del testo quando ha “a suo favore la carica dell'argomentazione”<sup>182</sup>.

-----  
177. Alexy, R., “Sobre los derechos sociales a protección”, en *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2009, pp. 54-55.

178. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 159.

In questo senso, Giancarlo Rolla afferma che i giudici costituzionali “non sono il guardiano di un museo: i giudici costituzionali applicano attualmente le disposizioni costituzionali senza limitarsi alla sua interpretazione originaria, ma aggiornandole tenendo in considerazione i cambiamenti sociali, politici, economici ed ideologici” (Rolla, G., *Juicio de legitimidad constitucional y tutela de los derechos fundamentales*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 3, 2005, p. 291).

179. Cioè, gli argomenti semantico (basato sull'uso del linguaggio), genetico (che associa un'interpretazione alla volontà del legislatore), storico (che si basa sull’ “apprendimento storico” per rifiutare un'interpretazione che si è rivelata erranea nel passato), comparativo (consiste nel prendere in considerazione uno stato di cose interpretativo precedente, ma relativo ad un'altra società), sistematico (relazione logica e teleologica dei precetti costituzionali in gioco) teleologico (nel suo versante “teleologico-oggettivo” che domina attualmente e cerca fini “razionali” o “prescritti oggettivamente nell'ordinamento giuridico vigente”). Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 226 e segg.

180. Ibid., p. 239.

181. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 70 e 71.

182. Ibid., p. 534.

Tuttavia, la decisione della corte deve essere completata, come abbiamo appena indicato riferendoci al pensiero di Alexy, con un esauriente rigore argomentativo che massimizzi le possibilità di correzione della ponderazione, e quella presente come solvente agli occhi dei giuristi e della cittadinanza<sup>183</sup>. Questa pretesa di autentica coerenza tra il diritto e la sua applicazione rappresenta un'esigenza di giustizia già raccolta, per esempio, da Fuller, il quale stabilisce come ottavo requisito della "morale interna" del diritto (insieme di precetti definiti dall'autore come un diritto naturale procedurale, destinato ad ottenere l'eccellenza del diritto da un punto di vista strutturale e procedurale, anche se estraneo agli aspetti sostanziali dello stesso), la "congruenza tra l'azione ufficiale e la legge dichiarata", come forma per garantire al cittadino che quanto disposto dall'ordinamento giuridico gli sarà veramente applicato, e non risulterà sostituito dal capriccio di un giudice, ma neanche dalla visione isolata e scorretta di una norma minore<sup>184</sup>.

Dedichiamoci adesso a trattare le opinioni contrarie alla tesi della ponderazione. Alexy riceve varie critiche alla difesa della stessa per motivi diversi, ma collegati. Per esempio, Zárate Castillo gli imputa che nel suo ragionamento "il peso dei principi non è determinabile di per sé o in modo assoluto, ma si può sempre parlare soltanto di pesi relativi" (...). Ci troviamo forse dinanzi a una teoria dei diritti umani che presuppone una dittatura del relativismo?"<sup>185</sup>. Questa critica è condivisa da autori come Habermas. Davanti a ciò, Alexy risponde che nei casi di "danneggiamento molto grave o straordinariamente grave" di un principio costituzionale "si entra in un ambito nel quale un danneggiamento non può quasi mai essere giustificato dalla forza delle ragioni che giocano a favore dell'intervento. Questa circostanza è in corrispondenza alla legge sul tasso marginale decrescente di sostituzione. Questa legge costituisce la barriera tagliafuoco di cui Habermas lamenta la mancanza nella teoria dei principi"<sup>186</sup>. Nello stesso senso, Luther evidenzia che "la ragionevolezza non si rivela totale né abbraccia tutto, se si trova un principio, un valore o un bene costituzionale che non tollera ponderazione

-----  
183. Dalla prospettiva di Iturralde Sesma, questo si può compiere per mezzo delle seguenti condizioni: "a) che la decisione renda esplicite ognuna delle ragioni su cui si basa ognuna delle decisioni parziali e, quindi, su cui si basa la decisione finale; b) che le ragioni giustifichino ognuna delle decisioni parziali in una misura "sufficiente". Questa è la questione decisiva che viene affrontata dalla giustificazione delle valutazioni; c) che le ragioni siano adeguate alla natura delle premesse. Così, il tipo di ragione è diverso se si tratta di giustificare una questione relativa al significato di una espressione, all'esistenza di un fatto, alla scelta tra due soluzioni ugualmente valide, etc.; d) che le ragioni siano compatibili tra loro; e) che le ragioni abbiano una relazione diretta con l'oggetto della giustificazione. Questo requisito è riferito a: 1) la giustificazione delle diverse decisioni parziali, e 2) la relazione delle decisioni parziali con la decisione finale; f) che le ragioni siano concludenti, vale a dire, che la forza delle ragioni sia tale che la conclusione diventi necessaria" (Iturralde Sesma, V., *Justificación judicial y valoraciones*, in *Isegoría*, N° 35, 2006, pp. 208-209).

184. Fuller, L. L., *La moral del Derecho*, Trillas, Madrid, 1967, pp. 94 e segg.

185. Zárate Castillo, A., *Reseña del libro "Teoría de los derechos fundamentales" de Robert Alexy*, in *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional* N° 17, 2007, p. 375.

186. Alexy, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, Año n. 22, N° 66, 2002, p. 36.

deroghe. Secondo i sostenitori dei valori forti e dei principi assoluti, questo potrebbe essere il caso della dignità umana”<sup>187</sup>.

Così, “in una Repubblica costituzionale il massimo di ragionevolezza negli affari politici deve conciliarsi con un minimo indispensabile di senso della dignità umana, come strumento comune di percezione dei casi di estrema ingiustizia”<sup>188</sup>. Luther evidenzia, come potente argomento a favore della sua tesi e di quella di Alexy, il fatto che, nella giurisprudenza costituzionale, la “garanzia della dignità non è stata usata come un “valore” che possa essere collocato solo sulla bilancia per essere ponderato con il valore di un altro diritto fondamentale, e questo “perché la dignità umana, in quanto radice di tutti i diritti fondamentali singolare, non è passibile di essere ponderata rispetto a nessun diritto fondamentale singolare” (BVerfGE 75, 369)”<sup>189</sup>. Come abbiamo rilevato in questo stesso capitolo, la giurisprudenza italiana assume questa stessa posizione, così come quella spagnola, alla quale ci siamo riferiti nel capitolo precedente in relazione alla ponderazione dei diritti fondamentali.

Un altro degli autori più direttamente critici con il concetto di ponderazione è García Amado<sup>190</sup>. A continuazione riproporremo le sue più note obiezioni, aggiungendo la nostra opinione su di esse. In primo luogo, e riferendoci alla struttura del giudizio ponderativo, García Amado rifiuta la validità della “regola di necessità” proposta da Alexy, poiché questa regola “è

-----  
187. Luther, J., *Razonabilidad y dignidad humana*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N° 7, 2007, p. 296

188. Ibid., p. 297.

189. Ibid., p. 306.

190. García Amado è sostenitore di un’interpretazione giudiziale letteralista, attaccata alle parole concrete della legge e della costituzione. Dalla sua prospettiva, il giudice costituzionale si deve limitare ad agire quando la contraddizione tra la legge e la costituzione sia palese, e si possa dedurre dal testo della costituzione senza dover ricorrere all’analisi valutativa integrale dei principi, così come pretende la ponderazione. Il suo rifiuto a questa tecnica si può vedere nelle seguenti parole dell’autore: “La nostra opinione è che questa concezione linguistica è quella richiesta in un sistema giuridico democratico, basato sulla sovranità popolare attraverso il principio di rappresentazione, e organizzato a partire dall’idea di separazione di poteri, con quello che comporta la possibilità di controllo tra poteri e di eliminazione dell’arbitrarietà non suscettibile di nessun controllo (...). Per la concezione linguistica che sosteniamo, la costituzione come oggetto di interpretazione non suppone differenze qualitative, ma, al massimo, quantitative. Il non prospettare differenze qualitative fa riferimento al fatto che la costituzione è anche un insieme di enunciati linguistici che prendono forma in un testo, il quale si considera giuridico, e della maggiore gerarchia all’interno dei testi giuridici, in funzione di determinate ragioni storiche, politiche, sociali, etc., che fanno sì che ai giorni nostri, a differenza di altre epoche, sia così “riconosciuto” con carattere generale”. (...). “Per la concezione linguistica o testuale, il giudice, e il giudice costituzionale, è guardiano delle parole, veglia per il loro significato, facendo sì che si rispettino quando sono vere e determinate, le specifiche e le concrete in ciò che hanno di indeterminato; per la concezione volontaristica o intenzionale il giudice è l’esecutore delle volontà del legislatore; e per la concezione materiale è il garante supremo dell’impero del bene e della verità in questo mondo disarticolato. Potremmo parlare, rispettivamente, del giudice fratello (per quanto figlio dello stesso linguaggio di tutti e sottomesso ad esso come tutti), del giudice figlio (geloso vigilante della memoria e dell’autorità degli antenati) e del giudice padre (quello che con la sua esperienza, formazione e perspicacia sa meglio di chiunque altro quello che ci conviene e quello che evita a noi – e anche al legislatore – il travimento)”. (García Amado, J. A., *Interpretación y argumentación jurídica*, Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, Consejo Nacional de la Judicatura – San Salvador 2004 p. 330).

sempre in balia dell'immaginazione: non appena qualcuno prova ad immaginare una misura verosimilmente migliore, smette di essere necessaria la misura esaminata"<sup>191</sup>. Questo argomento è così poco sostenibile come dire che la medicina non è valida perché non appena si trova un rimedio per una determinata malattia migliore di quello esistente, questo rimane privo di utilità. Quello che legittima ogni scienza o modello di ragionamento non è la certezza che istantaneamente si arriverà alla soluzione corretta, ma che rappresenta un cammino fidato (o migliore del resto) nella ricerca di tale soluzione, e che, mentre si avvicina ad essa, ci fornisce le migliori possibili risposte. Pertanto, non si può delegittimare il tentativo razionale di trovare la misura attuabile più adeguata per promuovere un diritto fondamentale.

In secondo luogo, l'autore rifiuta l'idea che sia possibile interpretare la costituzione come un tutto armonico dove, attraverso la ponderazione, ogni valore può trovare il proprio grado di protagonismo adeguato in ogni caso concreto. García Amado chiede: "si può pensare forse, con un minimo di realismo che le costituzioni siano manifestazione di un gerarchia coerente di valori? Non sono di solito, piuttosto, le costituzioni democratiche attuali espressione di un accordo di minimi che raccoglie valori contrapposti al fine unicamente che il legislatore, seguendo le regole del gioco democratico, necessiti in ogni momento la concreta relazione di preferenza tra loro"<sup>192</sup>. In effetti la diversità dei principi costituzionali è innegabile, così come la diversa origine "ideologica" di ognuno di essi, però è anche evidente la coerenza interna dei testi costituzionali attuali, cosicché non esistono principi antagonisti. In nessuna costituzione moderna convivono la confessionalità dello Stato, l'autorizzazione di censura sui mezzi di comunicazione e l'abolizione della proprietà privata. Si è generato un consenso intorno a certi valori, che non ha annullato (come neanche dovrebbe accadere) le diversità, però ha permesso un inserimento delle ideologie intorno a dei principi non incompatibili, ma chiamati alla coesistenza, alcuni principi che possono sorreggersi congiuntamente, non essendo antitetici. Non si discute l'esistenza dei principi, ma il loro grado di applicazione pratica, i limiti dell'importanza che ogni caso deve avere, senza cadere nell'eccesso, e ciò trasforma il dilemma razionalmente risolvibile per mezzo del giudice costituzionale.

Infine, García Amado prospetta apertamente che la ponderazione come tecnica non esiste, e lo fa sulla base di una logica semplicemente binaria che, secondo lui, è quella che si regge sui casi definiti da altri autori come oggetto di ponderazione. García Amado ritiene che "se una espressione "e" danneggia il diritto all'onore, non è in nessun modo l'esercizio della libertà di espressione; e se tale espressione "e" è esercizio del diritto di libertà di espressione non è, in

-----  
191. García Amado, J. A., *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*, in AA.VV., *Derechos sociales y ponderación*, op. cit., p. 284.

192. García Amado, J. A., *Interpretación y argumentación jurídica*, op. cit., p. 318.

nessun modo, minaccia contro il diritto all'onore"<sup>193</sup>. L'autore continua dicendo che "la conclusione è che tale espressione non produce danno all'onore, non che il danno sia piccolo, lieve, poco importante, etc. Tale conclusione dipende dalla citata catena di interpretazioni previe, non da una ponderazione sui gradi di danneggiamento positivo o negativo dei diritti"<sup>194</sup>.

Tuttavia, la realtà è ben diversa. Mediante la ponderazione si giustificano proprio i danneggiamenti dei diritti fondamentali per la protezione di altri la cui restrizione risulterebbe, nel caso concreto, più lesiva e ingiusta. Per esempio quando si tollerano determinate espressioni contro un rappresentante pubblico, che mai si accetterebbero contro un privato, si sta affermando che tale rappresentante possiede minore dignità del cittadino medio? Il loro "livello" di onore è assolutamente identico, però nel caso del politico viene permessa un' "invasione" di una parte di questo diritto attraverso la critica contundente per salvaguardare altri principi costituzionali<sup>195</sup>. Come riconosce García Figueroa, "dato che prendiamo in considerazione l'intensità della lesione dei diritti in conflitto, e che li ponderiamo, la sussunzione non è più valida"<sup>196</sup>.

Osserviamo adesso le critiche che Ferrajoli, un autore tradizionalmente ascrivito alle tesi neocostituzionaliste, realizza al modello ponderativo e al protagonismo dei giudici che esso comporta. Ferrajoli si dichiara contrario all'attivismo giudiziale<sup>197</sup> afferma che la logica ponderativa non deve adoperarsi con carattere generale nell'applicazione dei principi costituzionali. A tal proposito, l'autore distingue i principi costituzionali in principi direttivi e imperativi. I principi direttivi possono essere soddisfatti in diversa misura, vale a dire, sono

-----  
193. García Amado, J. A., *Interpretación y argumentación jurídica*, op. cit., p. 311.

194. Ibid., p. 315.

195. In questo senso, per esempio, la Sentenza del Tribunale Provinciale di Madrid, sez. 19, del 14 febbraio del 2007, (JUR 2007\153188), dichiara che non è possibile dare una definizione che possa rappresentarlo in ogni caso, e che il diritto all'onore è soggetto a determinate limitazioni o sfumature, quali il contesto in cui si pronunciano le espressioni che possano lederlo, il livello di tolleranza della società in ogni momento, il mezzo con cui si esternano tali espressioni, le circostanze che stanno intorno al fatto, la proiezione pubblica della persona che si sente offesa, la gravità delle espressioni, etc., in modo che non è necessario considerare che si tratti di un diritto assoluto, poiché deve cedere di fronte ad altri così come il diritto all'informazione. (Sabater Bayle, E., "Intromisiones en el derecho al honor en la reciente jurisprudencia civil", Comunicación presentada a las *XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Salamanca 17 a 20 de octubre de 2007, p. 14). Il fatto che nel Diritto spagnolo si condanni l'intromissione "illegittima" nel diritto all'onore, dimostra che esistono altre intromissioni che attaccano il diritto, tuttavia esse sono giustificate dall'esistenza di un altro diritto maggiore.

196. García Figueroa, A., *¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy*, in *Derechos sociales y ponderación*, op. cit., p. 361.

197. Ferrajoli, L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n° 3, 2010, p. 2793.

L'autore afferma di difendere un *costituzionalismo garantista* rispetto a un *costituzionalismo argomentativo* proprio del neocostituzionalismo che, secondo la sua opinione, costituisce un neopandettismo quando si identifica il diritto con quello che rappresenta nella pratica dei giudici al di là del suo vero significato nella norma (Ibid., p. 2780).



oggetto di applicazione graduale secondo la discrezionalità del legislatore, costituendo obiettivi costituzionali più che diritti individuali. All'interno di essi, secondo Ferrajoli, si trovano i principi reggenti della politica sociale ed economica della Costituzione spagnola. La ponderazione sarà un sistema valido al momento di applicarli, poiché il legislatore è libero di conferirgli una maggiore o una minore rilevanza in base a propri criteri. I principi imperativi, al contrario, rispondono a una logica binaria: o si applicano o non si applicano, ma qualora vengano applicati bisogna farlo con tutte le conseguenze. Questi principi raccolgono la maggioranza dei diritti fondamentali, come il diritto alla vita, potendo questi essere rispettati o violati, ma non riconosciuti parzialmente<sup>198</sup>. Per Ferrajoli, la loro unica peculiarità in relazione alle regole sta nel fatto che impiegano delle espressioni generiche nella loro enunciazione<sup>199</sup>, tuttavia il loro modello di applicazione risponde alla mera sussunzione propria di queste.

In tal modo, Ferrajoli ritiene che le norme costituzionali (siano principi o regole) abbiano sempre lo stesso peso (eccetto nel caso speciale dei principi direttivi) e per questo non è possibile accettare che il giudice abbia la libertà per decidere il loro grado di applicazione. Davanti all'evidenza del fatto che le circostanze del caso concreto al quale si applicano i principi determineranno la vera rilevanza di questi, Ferrajoli sostiene che è il diverso peso di tali circostanze fattuali ciò su cui bisogna ponderare, ma il peso specifico del principio rimarrà inamovibile in ogni caso<sup>200</sup>. L'autore rileva l'importanza pratica di questa sfumatura teorica affermando che l'ammissione della capacità manipolativa dei principi da parte del giudice, cosa che implica la tesi ponderativa, finisce col ridurre la costituzione a una serie di norme morali manipolabili dalla discrezionalità interpretativa della corte costituzionale, che arriva inoltre a inventare nuovi principi costituzionali attraverso la sua giurisprudenza snaturando la costituzione<sup>201</sup>.

Ferrajoli conclude sottolineando la crescita dell'ambiguità, dell'oscurità e della contraddizione che molte volte avvolge le sentenze costituzionali come argomento aggiuntivo sulla sua mancanza di rigore e immeritato potere<sup>202</sup>. Dinanzi a tali argomentazioni possiamo rispondere quanto segue. In primo luogo (e approfondendo i ragionamenti utilizzati nella nostra risposta a García Amado), dobbiamo segnalare che i difensori della ponderazione sostengono in

-----  
198. Ferrajoli, L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, op. cit., pp. 2798 e 2799.

199. Ibid., p.2800.

200. Ibid., p. 2810.

201. Ibid., p. 2804.

202. Ibid., p. 2815.

modo unanime che tutti i principi costituzionali posseggono (tranne quando la stessa costituzione dichiara il contrario) un peso astratto identico, e la loro influenza concreta dipende, nel caso specifico, dalle circostanze fattuali al quale si applicano. È chiaro che in una condanna per oltraggio, attenuata per buona fede e la sincera finalità critica delle espressioni utilizzate, i diritti fondamentali all'onore e alla libertà di espressione si applicano, ma prevale il primo, sebbene attenuato nella manifestazione dei suoi effetti dal secondo.

Tuttavia riteniamo che ciò si debba al diverso peso che si conferisce ai principi e non ai fatti. Tenendo conto che la forza normativa non risiede nei fatti, ma nei principi, consideriamo che la sentenza emessa sia la miglior prova della maggiore influenza di un principio su un altro (ossia, del suo diverso peso nel caso studiato), fondata sui fatti, ma costituita da un equilibrio che deriva dall'interpretazione globale della costituzione, e per questo essenzialmente giuridica.

In tal modo riconosciamo l'importanza dei fatti per identificare l'influenza dei principi in ogni caso concreto, ma sostenendo che in questa influenza diversa risiede la sostanza della risoluzione giudiziale. Di conseguenza, la ponderazione è la tecnica adeguata per applicarli, sebbene si esiga il massimo rigore e la massima trasparenza nella loro applicazione.

D'altra parte, il contenuto essenziale dei diritti fondamentali diventa garanzia nei confronti di ciò che teme Ferrajoli, ossia, delle possibili manipolazioni giudiziali nella loro interpretazione. Quando la mancanza di ragionevolezza della decisione del giudice costituzionale indichi che ha invaso un ambito del diritto fondamentale che doveva essere protetto secondo la logica della costituzione, la stessa dottrina, insieme ad una cittadinanza consapevole e conoscitrice dei propri diritti, chiederà spiegazioni alla corte, la cui legittimità dipende dalla qualità delle sue decisioni, e di conseguenza, si impegnerà a vegliare sulla sua scrupolosità. Insistiamo sul fatto che il maggior rischio per la costituzione non è una corte costituzionale che porta avanti attivamente la propria missione, ma una corte timorosa di agire davanti alle arbitrarietà di un potere politico che in non pochi Paesi occidentali ha dimostrato di anteporre i propri interessi al rispetto della costituzione.

Analizziamo adesso la posizione di un altro dei critici più conosciuti sul concetto di ponderazione: Guastini. Questo celebre giurista accetta che la ponderazione sia una gerarchizzazione di principi "in concreto"<sup>203</sup>, però la concepisce come un "giudizio di valore

---

203. Guastini, R., *Distinguendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona 1999 p. 170.

soggettivo”, dove “il giudice sovrappone la propria valutazione alla valutazione dell’autorità normativa, in questo caso l’autorità costituente”<sup>204</sup>. Guastini afferma che “non è qualcosa di preconstituito rispetto all’attività interpretativa, giacché è una variabile delle valutazioni e delle decisioni dell’interprete. La scelta di attribuire un certo significato a un enunciato, e non a un altro, è frutto della volontà e non della conoscenza”<sup>205</sup>. La possibilità di ricorrere a dei principi non gerarchizzati, e chiaramente generici, permette al giudice un margine d’azione, per agire arbitrariamente, molto maggiore<sup>206</sup>. Autori come Moreso rifiutano la sua posizione.

Ammettendo la possibilità di diverse gerarchizzazioni logiche tra i principi, Moreso ritiene evidente che non tutte quante sono valide, ed afferma che attraverso la razionalità, possiamo costruire una relazione tra principi con una presunzione minima di rigore, molto più rispettabile dell’infinità di sistemi possibili a cui allude Guastini<sup>207</sup>. Ciononostante, risulta indubbio che uno degli argomenti più solidi contro la ponderazione sia la prova che il giudice è libero di prendere decisioni molto diverse, nell’applicazione dei principi. Questa realtà si può osservare nell’evoluzione giurisprudenziale del Tribunale Costituzionale spagnolo. La giurisprudenza di questo Tribunale è cambiata in numerose materie nel corso degli ultimi anni, riconoscendo il suo cambiamento di criterio o modificandolo *de facto*, senza ammettere esplicitamente la sua rettifica<sup>208</sup>.

Coloro che si servono di questa realtà per screditare l’affidabilità della ponderazione, affermano che una gerarchia solida di principi, come quella sostenuta da autori neocostituzionalisti, dovrebbe dar luogo a un’unica soluzione possibile (l’“unica risposta corretta” di Dworkin), che

204. Guastini, R., *Distinguendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, op. cit., p. 171.

205. Ibid., p. 34.

206. Comanducci, P., *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, in *Neoconstitucionalismo(s)*, Carbonell, M., (ed.), Trotta, Madrid 2003, pp. 92-93.

207. Moreso, J.J., *Conflictos entre principios constitucionales*, in *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp. 20-121.

208. Così, è stata prodotta una modifica del trattamento del diritto riconosciuta a un processo con tutte le garanzie, dall’art. 24.2 della Costituzione spagnola, a causa della STC 167/2002 la quale stabilisce che “in casi di appello di sentenze assolutorie, quando quella si fonda sulla stima della prova, se nell’appello non si producono nuove prove, il Tribunale *ad quem* non può rivedere la valutazione di quelle presentate in prima istanza, quando per la natura delle stesse gli si può contestare l’immediatezza e la contraddizione”, anche se in sentenze precedenti il Tribunale Costituzionale aveva respinto denunce identiche (Fernández Segado, F., *La justicia constitucional en América Latina y en España*, vol. 3, Dykinson, Madrid 2009, p. 1058). Si è verificata anche un’altra modifica ammessa dal Tribunale nel trattamento del diritto all’accesso in condizioni di eguaglianza alle cariche pubbliche (Ibid., pp. 1060-1062). In modo surrettizio è stata cambiata la giurisprudenza su altre materie come il regime procedurale del TC (Ibid., pp. 1064-1068), il rango di legge organica per la norma penale, (Ibid., pp. 1068 e 1069), o i diritti fondamentali. (Ibid., pp. 1075 - 1092).

non si potrebbe mai modificare. Davanti a ciò gran parte della dottrina neocostituzionalista replica ammettendo che la possibilità del fatto che esista più di una soluzione giuridica corretta non è incompatibile con il suo rigore e la sua fedeltà ai principi<sup>209</sup>.

Senza dubbio, ottenere una conclusione corretta in questo delicato processo richiede un acuto senso della proporzionalità. Però non è impossibile<sup>210</sup>. Ammettere che, nei “casi difficili”, esistono varie opzioni giuridicamente valide che il giudice costituzionale può scegliere, è qualcosa che non fa altro che aumentare le diffidenze sulla validità di questa soluzione, data la sua relatività. Per questo, il giudice deve decidere in modo “coerente, corretto e sufficientemente giustificato”<sup>211</sup>, assicurando anzitutto che la sua decisione sia ragionevole, al fine che questa risulti logica e materialmente impeccabile, e di conseguenza accettabile da giuristi e cittadinanza.

La ragionevolezza è la chiave della ponderazione, la sua ragion d'essere e la sua massima garanzia di successo. La ragionevolezza, già menzionata in diversi punti di questo capitolo, si può identificare con la teoria materiale dell'argomentazione difesa da Atienza: “La domanda fondamentale qui è: in cosa si deve credere o che cosa si deve fare? L'argomentazione si vede ora come un processo che consiste nel dare buone ragioni a favore o contro qualche tesi teorica o pratica; quello che si persegue è mostrare se una interferenza è o non è valida, ma se esistono

-----  
209. Ferrajoli riconosce che “è ovvio che i giudizi di validità o di invalidità delle norme, sulla base dei valori contenuti nelle norme superiori, possono essere più o meno opinabili. Sarebbe difficilmente opinabile, nel nostro ordinamento, l'invalidità di una legge penale razzista, chiaramente in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza dei cittadini “senza distinzioni di razza”. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, i giudizi di valore necessari per sostenere la validità o l'invalidità sostanziale delle norme non sono così semplici”. (Ferrajoli, L., *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 875).

D'altra parte Atienza arriva ad ammettere l'esistenza di “casi tragici”, che sono quelli nei quali “non occorre trovare una soluzione che non sacrifichi qualche elemento essenziale di un valore considerato fondamentale dal punto di vista giuridico e/o morale (...). L'adozione di una decisione in tali casi non significa più confrontarsi con una semplice alternativa, ma con un dilemma.” (Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México 2005, p. 219).

Alexy ammette anche che “le priorità *prima facie* conducono solo a una strutturazione appoggiata sui principi, ma non a un ordine duro che stabilisca per ogni caso definitivo un unico risultato”, il che porta autori come Cabra Apalategui, a definire la propria teoria come “una costruzione formale che poco dice sulla portata precisa dei principi.” (Cabra Apalategui, J. M., *Racionalidad y argumentación jurídica (sobre el concepto de racionalidad procedimental y la relación derecho-moral en el razonamiento jurídico a propósito de las teorías de Aulis Aarnio y Robert Alexy)*, op. cit., p. 178).

210. In tal senso, Atienza ritiene che “se la Costituzione si “concretizza” attraverso l'interpretazione, il parametro costituzionale sarà “oggettivato” nella misura in cui tale “concretizzazione” lo sia, vale a dire, nella misura in cui occorre sostenere che esistano criteri oggettivi di interpretazione.” (Aragón, M., *Constitución, democracia y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2002, p. 145).

211. Rus Rufino, S., *La justicia en el pensamiento jurídico angloamericano contemporáneo, acotaciones críticas*, in *Daimon*, Revista de Filosofía, N° 12, 1996, p. 109.

o meno ragioni per credere in qualcosa o per realizzare una determinata azione. Per questo non basta che l'argomento presenti una determinata forma; è necessario, inoltre, che ciò che le premesse enunciano sia vero (sia ben fondato), e che queste suppongano ragioni rilevanti per la conclusione. Il centro di gravità si sposta, pertanto, dagli aspetti formali a quelli materiali, dall'inferenza alla premesse<sup>212</sup>.

In breve, "c'è un altro senso" del concetto di ragionamento "nel quale la logica equivale a giusta"<sup>213</sup>. Ossia, la norma deve essere legale in quanto alla sua produzione, però anzitutto deve essere costituzionale, e per questo è necessario assicurare che il suo contenuto sia fedele alla morale interna della costituzione. Alla stessa conclusione arriva Nieto, basandosi sulle tesi di Atienza<sup>214</sup>. Nelle parole di Dworkin: "se la comunità dice ad un giudice "la costituzione è la norma giuridica superiore, e il tuo lavoro è quello di stabilire che cosa essa vuole dire", allora, così come ho cercato di argomentare in numerose occasioni, tale istruzione a sua volta richiederà un' "escursione" nella moralità politica"<sup>215</sup>. Tuttavia, la ragionevolezza è veramente un obiettivo raggiungibile?

Perseguendo la ragionevolezza, la corte costituzionale potrà commettere sbagli che la obblighino a modificare il suo criterio, o semplicemente a cambiarlo a causa dell'evoluzione

-----  
212. Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 223.

Sulla stessa linea si trova la concezione consequenzialista di MacCormick. Da questa visione, per giustificare le decisioni giudiziali si utilizzano due tipi di ragioni sostantive: "ragioni finalistiche (una decisione si giustifica perché promuove un certo stato di cose che si considera prezioso) e ragioni di correttezza, (una decisione si giustifica perché si considera corretta o buona di per sé, senza prendere in considerazione nessun altro ulteriore obiettivo)". Tuttavia, in fondo entrambe le ragioni non sono che le "due facce della stessa moneta, poiché le finalità che bisogna prendere in considerazione sono, in ultima istanza, i *fini corretti* secondo la branca del diritto di cui si tratta e, anzitutto, i fini costituzionali." (Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 125).

213. "Se la decisione adottata si può considerare come una decisione razionalmente giustificata o, al contrario, come semplice frutto della nuda volontà di chi l'ha adottata. Quest'ultima conclusione sarà inevitabile se: a) la realtà dei fatti è stata in qualche modo falsata; b) non è stato preso in considerazione nessun fattore giuridico rilevante o è stato introdotto nel processo qualche fattore che non lo era; c) è stato dimenticato il maggior peso o il maggior valore che, eventualmente, l'ordinamento giuridico concede a qualcuno di questi fattori; d) o, nel caso in cui i fattori giuridici abbiano tutti lo stesso valore giuridico, non si è discusso sulla concreta opzione a favore di uno di essi, o il ragionamento apportato è privo di errori logici o, infine, risulta inconsistente con la realtà dei fatti. Se al contrario, (...) il risultato di questa verifica (*test di razionalità*) è favorevole all'Amministrazione, il giudice dovrà accettarlo, gli piaccia o meno la soluzione concretamente scelta, e qualunque sia la sua opinione sulla bontà o efficacia della stessa, a meno che (*test della ragionevolezza*) questa manchi di incoerenza per la sua notoria carenza di adeguatezza al fine della norma, vale a dire, di atteggiamento oggettivo per soddisfare tale fine o risulti chiaramente sproporzionata (...) non più ai suoi occhi, ma a quelli di qualsiasi *sensible person*". (Nieto García, A., *El arbitrio judicial*, op. cit., p. 363)

214. Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 111.

215. Dworkin, R., *La justicia con toga*, trad. di María Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid 2007, p. 71.

sociale. Però, avere fiducia nella garanzia ultima del rispetto alla costituzione è l'unica possibilità seria di assicurarla. È incontestabile che in un sistema fondato su valori (quale è il costituzionalismo attuale), esiste un imperativo supremo secondo cui questi ispirino l'ordinamento e si vedano realizzati in ogni norma inferiore. Affidare questo compito al potere politico, preoccupato per i suoi interessi faziosi, e conoscitore discutibile della costituzione nella sua complessità, implica di trasformarlo in giudice e parte della lite più importante che può interessare una nazione: quella della vigenza delle sue garanzie fondamentali. Come sottolinea Atienza, “gran parte dei controlli politici sono al servizio della maggioranza, e la garanzia della costituzione risiede, tra altre cose, nel tutelarla di fronte a possibili trasgressioni da parte della stessa maggioranza”<sup>216</sup>, oltre al fatto che “l'argomentazione legislativa presenta notevoli debolezze: il processo di elaborazione delle leggi esibisce, nelle nostre democrazie, più elementi di negoziazione rispetto al discorso razionale”<sup>217</sup>.

Ripassando le tecniche della Corte Costituzionale italiana e le opinioni dottrinali sopra citate, abbiamo osservato che la ponderazione non suppone nessuna entelechia, ma un esercizio di logica giuridica sui concetti astratti<sup>218</sup>, però che diventino ben concreti quando si proiettano su casi specifici della realtà. Negare la capacità ponderativa del giudice costituzionale equivale a negare l'esistenza della logica poiché, sebbene parliamo di una logica proiettata su criteri assiologici, la creazione di questi nel testo costituzionale li trasforma in elementi determinati, determinabili e passibili di un rigoroso sviluppo. La paura dell'attivismo giudiziale<sup>219</sup> si vede smentita dalla forza della ragione e dal fatto che con gli elementi materiali delle costituzioni attuali, ogni giudice costituzionale può fare giustizia senza cadere nella prevaricazione.

-----  
216. Atienza, M., *Argumentación jurídica y Estado constitucional*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, UNAM, p. 366.

217. Aragón, M., *Constitución, democracia y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 88, UNAM, México 2002, p. 172.

218. Come afferma Víctor Ferreres, la ponderazione costituzionale assomiglia all'analisi di legalità di una disposizione regolamentare di sviluppo legale. La differenza si trova nella maggiore indeterminatezza dei principi costituzionali, (conseguenza in gran parte del multiforme contenuto ideologico delle costituzioni), e la legittimità democratica della legge (Ferreres Comella, V., *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997, pp. 18-19).

219. “Una significativa sottovalutazione della sicurezza giuridica si deduce dalle impostazioni della corrente ermeneutica denominata “uso alternativo del diritto”. Questa orientazione di determinati settori critici e progressisti della Teoria del Diritto, che acquista notoria diffusione nella decade degli anni settanta, ha supposto una radicalizzazione, in senso politico, delle premesse metodico-giuridiche della giurisprudenza di interessi e la Scuola del diritto libero. Il *leitmotiv* di base di tali posizioni risiede nel denunciare la tradizionale interpretazione borghese del diritto nel suo stesso beneficio. Di fronte a ciò, si propugnano un'interpretazione e un'applicazione «alternative», in quanto rivolte al servizio degli interessi delle classi popolari, strumentalizzando per tale fine le clausole più progressiste dei testi costituzionali e gli ordinamenti giuridici degli Stati di Diritto. Quello che suppone per la dottrina europea continentale l'uso alternativo nella decade degli anni settanta, lo ha supposto per quella anglosassone, in particolare per quella nordamericana, il movimento denominato Critical Legal Studies.” (Pérez Luño, A. E., *El Derecho y la Justicia*, ed. de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Ed. Trotta, Madrid 2000, pp. 488 e 489). Secondo

Tuttavia, come si concilia quello che abbiamo appena sostenuto con la riconosciuta discrezionalità del giudice costituzionale? Duncan Kennedy afferma che “Il giudice si trova allo stesso tempo in libertà e con le mani legate”<sup>220</sup>. Questo autore ritiene che la legge (la costituzione nel nostro caso) “è il campo” in cui il giudice esercita la propria azione<sup>221</sup>, un campo dal quale non potrà uscire. Dunque “esiste una cosiddetta potestà giudiziale di arbitrio, il cui esercizio è lecito e a volte necessario, però sempre entro i limiti intrinseci dello stesso; superati questi, non c’è più arbitrio ma arbitrarietà, che è illecita”<sup>222</sup>.

Come abbiamo indicato in altre parti di questo capitolo, il limite dell’arbitrio è “la sottomissione del giudice, giacché non alla legge, al diritto, al sistema, all’ordinamento giuridico nel suo insieme”<sup>223</sup>. Il giudice costituzionale può, in alcuni casi, optare per diverse vie, essendo tutte quante giustificabili razionalmente, ma, in molti altri, può prendere solo una decisione, poiché risulta evidente che è l’unica valida. In tutti quei casi c’è un denominatore comune: esistono buone ragioni per accettarli, ragioni sufficientemente buone per convincere un osservatore razionale del fatto che tale decisione conti sulla solvibilità necessaria per non venire abbattuta per essere ingiusta (dalla prospettiva di giustizia espressa nella costituzione), o illogica. È perfettamente possibile, non esistendo un’unica risposta corretta, “l’esistenza di motivazioni che risultano pienamente soddisfacenti anche se non coincidenti”<sup>224</sup>.

-----  
Ferrajoli, l’attività giudiziale presenta “un’ineliminabile dimensione politica, in virtù delle inevitabili opzioni valutative che necessariamente intervengono in ogni decisione giurisdizionale”, e per questo considera che “lo scontro non si verifica tra coloro che sostengono che la funzione giudiziale debba essere politicizzata e chi pensa che la stessa debba essere apolitica, ma tra chi ritiene che la funzione giudiziale è, perché non può evitarlo, politica e chi postula che deve essere apolitica”; anzi, coloro che “sostengono che la funzione giudiziale “deve” essere apolitica fanno politica, consciamente o inconsciamente, nell’esercizio delle loro funzioni..” (Ferrajoli, L., “Magistratura Democrática” y el ejercicio alternativo de la función judicial», citato in Uprimny Yepes, R., Rodriguez Villabona, A., *Interpretación Judicial, Módulo de autoformación*, Universidad de Bogotá, enero 2006, p.198). La possibilità che questo criterio produca varie interpretazioni grammaticali o letterali implica che la scelta di una di esse dipenda, in larga parte dalle preferenze dell’interprete e dal suo interesse nel raggiungere una versione che possa essere condivisa (Ibid., p. 180).

220. Kennedy, D., *Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, p. 107.

221. Ibid., p. 130.

222. Nieto García, A., *El arbitrio judicial*, op. cit., p. 369.

Riflettiamo su altre opinioni rilevanti. Cossio ritiene che il giudice sarà neutrale quando agisce secondo la sua coscienza, identificando come tale “il modo concreto e storico di come intende i valori giuridici, dalla giustizia all’ordine”, mettendo di lato i propri pregiudizi. (Rabbi-Baldi Cabanillas, R., *La teoría de la interpretación judicial in Cossío y Betti: coincidencias y actualidad de una perspectiva contemporánea*, in *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 1, 2005, p. 157). D’altra parte, Betti considera che l’oggettività “non è attuabile, se non attraverso la soggettività dell’interprete e dipende dalla sua sensibilità (...). Vale a dire: l’interprete è chiamato a rinnovare e a riprodurre il pensiero estraneo al suo interno, come qualcosa che diventa proprio, però sebbene sia diventato proprio deve allo stesso tempo confrontarsi con esso, come con qualcosa che è oggettivo ed estraneo. Nell’antinomia si trovano da un lato, la soggettività insuperabile della *spontaneità* del comprendere; e dall’altro, l’oggettività, per così dire, l’alterità del senso che si cerca di ottenere.” (Ibid., pp. 158 e 159).

223. Nieto García, A., *El arbitrio judicial*, op.cit., p. 376.

224. Segura Ortega, M., *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, ed. Universitaria Ramón Areces, op. cit., p. 92.

Così, la soluzione per assicurare il corretto funzionamento della corte costituzionale non è altro che giuristi e cittadini moltiplichino le “ragioni critiche”<sup>225</sup>, ossia, le ragioni derivate dallo studio dei criteri di decisione della corte, destinate a metterle in discussione o appoggiarli secondo la loro qualità. Non sappiamo se le decisioni della corte siano l’ “unica risposta corretta”, però dobbiamo esigere che siano risposte correttamente fondate, decisioni la cui solvibilità razionale<sup>226</sup> porti il giurista e il cittadino informato ad accettarle come valide, perfino se divergono sulle stesse. Lo stesso Tribunale Supremo spagnolo riconosce nella sua STS del 16 dicembre del 2008 che “l’esigenza di motivazione non pretenda di soddisfare le necessità di ordine puramente formale (...), la finalità della motivazione sarà quella di far presente le ragioni che ebbero come appoggio la decisione adottata, rimando così evidente che non si è agito con arbitrarietà”. Promuovere la legittimità deliberativa<sup>227</sup> del Tribunale Costituzionale costituisce il miglior modo di consolidare il suo ruolo di garante ultimo della legalità costituzionale<sup>228</sup>. Parliamo di un protagonismo argomentativo per la concezione garantista di Ferrajoli<sup>229</sup>, una giustificazione quotidiana e osservabile del ruolo che è stato concesso alla corte costituzionale dall’unico padre della costituzione: il popolo.

-----  
225. Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 225.

226. Bobbio afferma che “Se esiste una differenza tra la logica in generale e la logica dei giuristi, questa consiste unicamente - Klug ha l’accortezza di avvertire - nella sua estensione differente, nel senso che non tutte le parti della logica si applicano al diritto, ma solo quelle che si riferiscono alla logica elementare. Il che potrebbe suggerire che, in ogni caso, si chiamerebbe la logica giuridica una logica parziale. In questo stesso ordine di idee si trova un articolo recente di Kalinowski, il quale mettendosi apertamente in polemica con Perelman e la sua scuola, chiede: “Esiste una logica giuridica?”; e risponde negativamente, esprimendo l’opinione secondo la quale non esiste che un’unica logica con applicazioni multiple, e che, pertanto, non si può parlare, se non impropriamente, di logiche speciali, essendo solo diverse applicazioni delle leggi logiche alla matematica, alla filosofia, al diritto, eccetera.” (Bobbio, N., *Derecho y lógica*, Cuadernos del Centro de Estudios Filosóficos de la UNAM, México DF 1965, p. 32). In fondo, così come si ammette una logica giuridica, che è prolungamento della logica generale qui si difende il riconoscimento di una logica giuridica proiettata sui principi, con una indubbia dimensione valutativa, però non meno razionale se si accetta di trattarla con rigore.

227. Ferreres evidenzia la qualità e l’oggettività che in astratto ha la deliberazione dei giudici, perfino superiore a quella del parlamento, poiché essi devono sempre ascoltare e rispondere alle allegazioni, argomentare su di esse ed essere responsabili delle proprie decisioni (Ferreres Comella, V., *Justicia constitucional y democracia*, op. cit., p. 174).

228. La tesi del caso speciale di Alexy parte dalla base che il discorso giuridico è caratterizzato da una serie di proprietà speciali che lo distinguono dal discorso pratico generale. “Al margine del suo maggiore o minor carattere autorevole, tutti sono liberi di criticare le decisioni giudiziali con argomenti giuridici. Questa critica può portare alla revisione di una sentenza da parte di un Tribunale Superiore o alla sua revoca da parte di un Tribunale che, successivamente, decida un caso simile. Una buona teoria dell’argomentazione giuridica deve dar conto tanto del versante autorevole, istituzionale o reale del ragionamento giuridico quanto della sua dimensione libera, discorsiva o ideale (Alexy, R., *La tesis del caso especial*, in *Isegoría*, Revista de filosofía moral y política, N° 21, 1999, p. 24).

229. Rodrigo Uprimny e Andrés Abel Rodríguez affermano che “la fondazione permette alla società – in gran parte, grazie alla critica accademica della giurisprudenza - di controllare la ragionevolezza stessa dell’attività dei giudici. È, quindi, una forma di controllo sociale sul potere giudiziario, allo scopo di ottenere una magistratura che non sia meccanica né arbitraria nelle proprie decisioni, ma democraticamente responsabile.” (Uprimny Yepes, R., Rodríguez Villabona, A., *Interpretación Judicial*, op.cit., p. 231).



Infine, bisogna evidenziare che alcuni settori della dottrina propongono come garanzia aggiuntiva, l'imposizione del requisito della maggioranza rinforzata dalle decisioni della corte costituzionale. In tal modo, la coincidenza di una maggioranza (per esempio) dei due terzi degli insigni giuristi che compongono questo tribunale, aumenterebbe indubbiamente le probabilità di correttezza delle sentenze emesse.

### **3.2.3 b) Il giudice ordinario come applicatore della costituzione: ponderazione e discrezionalità**

Riferendosi all'attività del giudice ordinario, Atienza afferma che la giurisdizione "non può vedersi in termini semplicemente legalisti (di sottomissione del giudice alla legge), poiché la legge deve essere interpretata conforme ai principi costituzionali (...), perfino se si pensi che l'identificazione del diritto si fa mediante qualche criterio come quello della "regola di riconoscimento" hartiana, tale regola incorporerebbe criteri sostantivi di carattere morale e, inoltre, l'accettazione della stessa avrebbe necessariamente un carattere morale<sup>230</sup>. In questo modo, l'interpretazione giudiziale della legge "è anche un giudizio sulla legge stessa, in cui il giudice ha il compito di scegliere solo i significati validi, ossia quelli compatibili con le norme costituzionali sostanziali e con i diritti fondamentali che queste stabiliscono"<sup>231</sup>.

È chiaro che il compito del giudice ordinario non si riduce all'applicazione meccanica della legge. T.R. Fernández ha redatto i concetti di arbitrarietà usati dal Tribunale Costituzionale spagnolo per annullare le sentenze dei tribunali inferiori, concetti "come ingiustizia materiale (S. 20-7-1981), procedure senza ragioni formali né materiali su cui appoggiarsi (S. 10-7-1982), discriminazione o assenza di spiegazione razionale (S. 29-7-1986), capriccio, inconseguenza o incoerenza (S. 17-6-1987), mancanza di giustificazione o incoerenza interna di una norma legale (S. 22-3-1988), mancanza di proporzionalità (S. 22-4-1983), discriminazione non giustificata (S. 22-6-1983)"<sup>232</sup>. Un semplice esame del cattivo uso che, secondo il TC, i giudici ordinari hanno realizzato delle loro potestà ci dimostra che queste vanno molto più in là del meccanismo giudiziario, però devono essere usate in modo ragionevole. L'indeterminatezza delle norme prospetta numerose interpretazioni possibili, però bisogna assicurarsi che il giudice opti per

-----  
230. Atienza, M., *Derecho como argumentación*, in Atienza, M., Ferrajoli, L., *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, UNAM, México 2005, p. 73.

231. Ferrajoli, L., *El papel de la función judicial en el Estado de derecho*, in Atienza, M., Ferrajoli, L., *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, op. cit., p. 94.

232. Nieto García, A., *El arbitrio judicial*, op. cit., p. 363.

quella (o quelle) costituzionalmente valide. Tuttavia, che processo si dovrà seguire per ottenere tale fine?

Wróblewski, nella sua opera *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, afferma come prima direttrice interpretativa la massima che “senza ragioni sufficienti non si dovrebbe attribuire ai termini interpretati nessun significato speciale diverso dal significato che questi possiedono nel linguaggio comune”<sup>233</sup>. Vale a dire, dalla sua prospettiva il giudice deve ricorrere al tenore letterale della legge, attenendosi allo stesso, a meno che eccezionalmente gli si dà una ragione abbastanza buona tale da allontanarsi da esso. E questa ragione si può trovare nei principi costituzionali.

Seguendo questo ragionamento, l'autore enuncia altri due principi interpretativi secondo i quali: “1) ad una regola legale non si dovrebbe attribuire un significato, in modo che questa regola non sia inconsistente (o incoerente) rispetto a un principio valido del diritto; 2) ad una regola legale si dovrebbe attribuire un significato, in modo che questa regola sia il più coerente possibile con un principio valido del diritto”<sup>234</sup>. Costituisce anche una ragione decisiva per il processo interpretativo l'argomento teleologico, secondo il quale “a una regola legale dovrebbe essere attribuito un significato conforme alla finalità che persegue l'istituzione a cui appartiene la regola”<sup>235</sup>.

Il punto è che una “sovradeterminazione” letteralista del caso, che ignora i valori giuridici che devono ispirarlo, corre il rischio di far cadere la sentenza nell'ingiustizia e nell'incoerenza con l'ordinamento<sup>236</sup>. Lo stesso Tribunale Costituzionale spagnolo indica ai giudici il loro dovere di applicare la ponderazione entro le loro funzioni, indicando che quando un diritto fondamentale “si scontra con altri beni o diritti costituzionalmente protetti, si dovranno ponderare i diversi interessi affrontati e, soddisfare le circostanze concrete di ogni caso, decidere quale interesse merita una maggiore protezione” (STC 14/2003, del 28 gennaio, F. J. 5°).

García Amado, al contrario, si pronuncia a favore dell'interpretazione letterale del diritto. Questo autore dice di comprendere “che il diritto legiferato ha un autore o degli autori”, o “che

-----  
233. Uprimny Yepes, R., Rodríguez Villabona, A., *Interpretación Judicial*, op. cit., p. 200.

234. Ibid., pp. 200 e 201.

235. Ibid., p. 202.

236. Ibid., p. 63.

riflette determinate preferenze valutative. Però il suo contenuto normativo è quello delle sue stesse parole, e non prioritariamente quello dell'autorità che le emette o quello della ragione ideale e oggettiva che suppostamente esprimono"<sup>237</sup>. Nello stesso senso, Hernández Marín sostiene che "né i giudici né nessun altro possono risolvere i problemi teorici prodotti dall'indeterminatezza delle espressioni delle norme giuridiche"<sup>238</sup>, e ritiene che creare enunciati generali contrari (dalla loro prospettiva letteralista) alle regole giuridiche (come fa il Tribunale Supremo secondo la sua opinione) "è prevaricazione, anche se si ricercano criteri di giustizia"<sup>239</sup>.

Questa prospettiva, oltre ad atomizzare il diritto e a privare le norme concrete di una parte essenziale del suo significato, può portare in alcuni casi a una vera arbitrarietà. Vediamo un esempio di questa pericolosa deriva. Hernández Marín ritiene che l'art. 103 del Codice Civile spagnolo (riferito al contributo dei coniugi riguardo agli oneri della coppia nei casi di separazione, divorzio e annullamento) dia una totale libertà al giudice per determinare tali oneri "giacché non impongono nessun limite o condizione al contenuto delle decisioni giudiziali"<sup>240</sup>. Vale a dire, se prescindiamo dai criteri come i principi costituzionali (iniziando dalla non discriminazione per ragioni di sesso) e gli appelli alla proporzionalità e all'equità, ci troviamo con il fatto che il giudice potrebbe in casi come questo, emettere la sentenza più atrocemente ingiusta, e perfino radicalmente contraria alla costituzione (se per esempio discrimina la donna per il suo sesso, imponendole oneri sproporzionati).

La soluzione a questo rischio si trova nel proiettare i principi sulla discrezionalità già riconosciuta dai tempi passati al giudice ordinario. Martínez e Fernández evidenziano questo riconoscimento ripassando gli argomenti logici che il giudice può utilizzare nel suo incarico<sup>241</sup>.

D'altra parte, Díez Picazo, riferendosi ai criteri di interpretazione dell'art. 3.1 CC (criteri grammaticale, sistematico, logico, sociologico e teleologico), afferma che "i criteri che vengono accolti in essa non sono chiusi, poi si lascia all'interprete l'uso di altri, e soprattutto lo si

-----  
237. García Amado, J. A., *Interpretación y argumentación jurídica*, op. cit., p. 320.

238. Hernández Marín, R., *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid 2005, p. 303.

239. Ibid., p. 305.

240. Ibid., p. 273.

241. Possiamo distinguere: 1) l'argomento *a pari*, il quale implica che il legislatore, al regolare un caso concreto in un determinato modo, implicitamente ha voluto anche regolare nella stessa maniera altri casi della stessa specie; 2) l'argomento *a*

lascia libero rispetto al suo utilizzo (uno invece dell'altro per esempio)"<sup>242</sup>, riconoscendo un considerevole margine di discrezionalità al giudice al momento di costruire l'interpretazione della norma. Questo autore ammette l'importanza dello spirito della legge, base del criterio teleologico<sup>243</sup>, che indubbiamente trascende il testo della norma scritta. Allo stesso modo riconosce altri argomenti interpretativi di carattere logico che trascendono il letteralismo, come gli argomenti *a maiore ad minus* (se si ordina o si permette il più bisogna permettere il meno), o *a minore ad maius* (se non si ordina o si permette il meno, non si può neanche permettere il più)<sup>244</sup>.

Tutto questo ci porta ad ammettere che il giudice ordinario, all'interno della maggioranza di sistemi di *Civil Law*, possiede già gli strumenti per dare una risposta adeguata ad ogni caso che gli si prospetti da una prospettiva che, come si è dimostrato, supera il letteralismo. Così si può affrontare la sfida di pienezza dell'ordinamento che non è altro, usando le parole di Peces Barba, "una pienezza formale, dato che c'è sempre un operatore giuridico competente per risolvere e pronunciarsi sui fatti. In molti casi dovrà risolvere a partire da una norma concreta o da un gruppo di queste, però in altri lo farà partendo dai valori, principi di organizzazione e diritti", cioè, a partire da quello che l'autore definisce come "norme principali – principi –, con cui queste fornirebbero criteri per risolvere il caso concreto. (...) Questa è la pienezza e la coerenza derivata dal fatto che c'è sempre una risposta per ogni caso che si presenti, però non perché la somministri necessariamente il diritto nelle proprie regolazioni, ma perché deve fornirla un operatore competente"<sup>245</sup>.

-----  
*contrario*, secondo il quale il legislatore, al regolare un caso in modo concreto, cercava allo stesso tempo di escludere da tale regolazione tutti gli altri casi di natura diversa; 3) l'argomento *a fortiori*, secondo il quale il legislatore, nel regolare un caso, pretendeva regolare allo stesso modo e con maggiore ragione un altro caso diverso da quello direttamente regolato, poiché in quest'ultimo concorrono ragioni più chiare e dominanti; 4) l'argomento *a generali sensu*, che implica un'interpretazione che estende i campi di applicazione della norma, e la cui applicazione si realizza, in generale, quando si tratta di norme favorevoli, ed esistono ragioni di identità o di somiglianza nel caso di fatto della norma oggetto di interpretazione, che fonda la sua applicazione, ad altri casi di fatto; 5) l'argomento *stricta lege*, che impone un'interpretazione restrittiva per le norme sfavorevoli o sanzionatorie; 6) l'argomento *ad absurdum*, che basa la scelta di una tra varie interpretazioni di una norma in quanto le altre condurranno a situazioni prive di senso (Uprimny Yepes, R., Rodríguez Villabona, A., *Interpretación Judicial*, op. cit., pp. 181 e 182).

242. Díez Picazo, L., Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1, Tecnos, Madrid 1995, p. 170.

243. Ibid., p. 176.

244. Ibid., p. 177.

245. Peces Barba, G., *Desacuerdos y acuerdos con una obra importante*, in *Derechos sociales y positivismo jurídico* (escritos de Filosofía Jurídica y Política), Cuadernos "Bartolomé de las Casas", N° 11, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid 1999, pp. 124-125.

Così, il giudice ordinario deve realizzare un'interpretazione integrale dell'ordinamento, che unisce i criteri grammaticale, sistematico e teleologico, però prendendo la costituzione come riferimento al momento di cercare l'inserimento della norma nel sistema e nei suoi fini ultimi. Questo non significa ammettere l'interpretazione *contra legem* (il giudice ordinario non ha la potestà per abrogare o ignorare la norma asseritamente incostituzionale), ma sfruttare al massimo i criteri interpretativi come l'analogia e l'equità<sup>246</sup>, sempre che non contraddicano in modo incontestabile il tenore letterale della legge. In questo caso, e se il giudice è convinto dell'incostituzionalità della stessa, dovrà sospendere il procedimento nel quale si doveva applicare e presentare una questione incidentale alla corte costituzionale.

Un esempio di interpretazione giudiziale, conforme ai principi e superatrice (però non negatrice) del tenore letterale della legge, si produce quando una norma concede un determinato beneficio a un collettivo, ma non menziona (né per includerlo, né per escluderlo) un altro che condivide la caratteristica che ha portato il legislatore ad includere il primo nella norma<sup>247</sup>. Al contrario, quando il tenore letterale della legge sia inequivocabile, al giudice rimane solo l'alternativa di impiegare la sospensione e di rimettere il caso alla corte costituzionale. Tali sono i casi in cui la concretezza della legge nella sua parte suppostamente contraria ai principi costituzionali è assoluta. Per esempio, se una norma afferma “dovranno essere espulsi dalla Spagna tutti gli stranieri che si trovano in una situazione irregolare, senza riconoscere loro la possibilità di proporre un ricorso a questa misura, che dovrà essere eseguita nelle 24 ore seguenti alla loro

-----  
246. “Decidere secondo criteri di equità non significa vulnerare il principio di universalità. Una decisione *equitativa* (nel senso tecnico di questa espressione) implica di introdurre un'eccezione in una regola generale per evitare un risultato ingiusto; però il criterio utilizzato nella decisione equitativa deve valere anche per qualsiasi altro caso dalle stesse caratteristiche. L'equità, in breve, si rivolge contro il carattere generale delle regole, non contro il principio di universalità” (Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit, p. 116).

247. Così succede nella STS 05/07/01, che concede l'indennizzo derivato dalla rottura matrimoniale alle coppie di fatto, nonostante non siano coppie agli effetti giuridici, adducendo che “bisogna concludere segnalando che il precetto di applicazione è l'art. 97 del Codice Civile, attraverso l'analogia. La somiglianza della situazione matrimoniale rotta per divorzio o separazione, con la situazione di *more uxorio* di lunga durata, rotta unilateralmente quando si origina tale squilibrio, è quella di evidenziare quando si veda dissolta unilateralmente l'affettività e la convivenza per la volontà dell'altro e questo gli origina uno squilibrio, come nel caso del ricorso”. La Sentenza si appoggia su un principio costituzionale per applicare l'analogia, sostenendo che “un'altra soluzione condurrebbe a stabilire due tipi di spagnoli, a seconda se le loro Autonomie avessero o meno emesso la Legge sulle coppie di fatto, potendo ricorrere a questa specifica normativa si dovrebbe dibattere con l'anomia generale nella materia, il che contrasta apertamente con il principio di uguaglianza degli spagnoli, proclamato nell'art. 14 della Costituzione, precetto fondamentale in quanto garantisce un diritto di questo tipo, che è di applicazione diretta e immediata dall'entrata in vigore di questo Testo Fondamentale, come indicò la Sentenza del Tribunale Costituzionale 216/1991, del 14 novembre”.

detenzione”, l’esaustività con cui descrive la sua applicazione impedisce al giudice di concedere loro il ricorso o di ampliare il termine. La loro unica alternativa sarà il ricorso al Tribunale Costituzionale, previsto dall’ art. 35 della Legge Organica del Tribunale Costituzionale<sup>248</sup>.

### **3.3. La volontà popolare come limite massimo contro qualsiasi eccesso dell’autorità della corte costituzionale**

L’ultima delle barriere contro i possibili eccessi del giudice costituzionale non è naturalmente la meno importante. Si tratta della capacità popolare di restringere o perfino di annullare la competenza della corte costituzionale, se la cittadinanza sente che sta limitando ingiustificatamente la sua sovranità. Usando le parole di Lucio Pegoraro, il popolo “possiede la potestà ultima di autodeterminarsi” e, senza dubbio, “agirà nel suo caso attraverso la riforma costituzionale per eliminare i possibili eccessi dei giudici costituzionali e stabilire i canali di questa magistratura che consideri adeguati”<sup>249</sup>. Se i popoli europei fossero capaci di liberarsi dalle più feroci tirannie, è chiaro che, in tempo di pace, e senza un’autorità che minacci i loro beni più preziosi, se osano contraddire la loro volontà, non avrebbero dubbi nell’impiegare i mezzi del sistema democratico per annullare una corte costituzionale che impone la sua volontà arbitrariamente sui desideri della collettività. Tuttavia, questo non è compatibile con il fatto che la corte reprima gli abusi di potere della classe politica poiché, come è ovvio, la volontà popolare e la volontà dei rappresentanti del popolo non vanno sempre insieme.

-----  
248. L’art. 35.1 dispone che “Quando un giudice o un Tribunale, d’ufficio o su istanza delle parti, consideri che una norma con rango di Legge applicabile al caso e della cui validità dipende il verdetto può essere contraria alla Costituzione, presenterà la questione al Tribunale Costituzionale con assoggettamento a quanto disposto da questa Legge. Il procedimento viene evidenziato nel punto 2, dove si dispone che “L’organo giudiziario potrà presentare la questione solo una volta concluso il procedimento ed entro il termine per emettere la sentenza, o la risoluzione giurisdizionale che ne proceda, e dovrà concretizzare la Legge o la norma con forza di Legge la cui costituzionalità viene messa in discussione, il precetto costituzionale che si suppone infranto e specificare o giustificare in che misura la decisione del processo dipenda dalla validità della norma in questione. Prima di adottare mediante un’ordinanza la sua decisione definitiva, l’organo giudiziario ascolterà le parti e il Pubblico Ministero, affinché nel termine comune e improrogabile di 10 giorni, si possa allegare quello che si desidera pertinente alla presentazione della questione di incostituzionalità, o sulla base di questa; successivamente e senza altre pratiche, il giudice si pronuncerà entro i tre giorni. Tale ordinanza non sarà passibile di ricorso di nessun tipo. Ciononostante, la questione di incostituzionalità potrà essere presentata nuovamente nelle successive istanze o gradi finché non si arrivi a una sentenza definitiva”. Secondo il punto 3, “La presentazione della questione di costituzionalità originerà la sospensione provvisoria delle procedure nel processo giudiziario finché il Tribunale Costituzionale non si pronunci sul suo accoglimento. Prodotta questa il processo giudiziario rimarrà sospeso fino a quando il Tribunale Costituzionale non si pronunci definitivamente sulla questione”.

249. Pegoraro, L., *La justicia constitucional: Una perspectiva comparada*, op. cit., p. 91

In questo modo, se la corte obbliga il potere politico a destinare una quantità, prevista inizialmente nei Bilanci per fini suntuari, alla costruzione di vari ospedali in tutto il paese (imprescindibili per soddisfare il diritto fondamentale alla salute di migliaia di persone), il cittadino non si sentirà offeso nel suo orgoglio democratico, ma, con ogni probabilità, si rallegrerà della correzione di una decisione ingiusta e contraria alla costituzione. Se al contrario, il giudice costituzionale inizia a interpretare la costituzione in modo parziale e arbitrario, reprimendo in maniera ingiustificata iniziative politiche pienamente legittime, la reazione popolare sarà inevitabile e finirà, se continua a perpetrare i suoi abusi, per privarlo del suo potere. La chiave di questo ragionamento si trova nell'evidenza che il popolo è l'autore della propria norma fondamentale, e il suo massimo desiderio è che venga rispettata e promossa affinché i beni in essa consacrati siano una realtà che si materializzi nel progresso, nella grandezza morale e nella prosperità della società.

Il politico, al contrario, antepone in numerose occasioni i suoi interessi personali e di partito al benessere e ai desideri del cittadino, riponendo fiducia nel fatto che questi, quando arrivi il periodo elettorale, continui a votarlo, sia perché ha dimenticato gli inadempimenti, sia perché non trova un'alternativa migliore, o credendo semplicemente che coloro che sono stati danneggiati dalle sue inadempienze sono minoranze irrilevanti ai fini elettorali, cosa che li lascia inermi. È, pertanto, missione della corte, salvaguardare la costituzione di fronte a queste violazioni e, allo stesso tempo, far compiere la volontà della stragrande maggioranza dei cittadini, che crede nel diritto e nella giustizia, dei cittadini che, se i giudizi cadono negli abusi del potere politico, glielo faranno pagare con ancora maggiore durezza, giacché il giudice costituzionale non è stato eletto, e deve cercare nel rigore dei suoi ragionamenti, così come abbiamo già indicato nel corso di questo capitolo, la sua legittimità.

## CONCLUSIONI

Nel corso di questo lavoro abbiamo studiato le origini, l'attuale grado di instaurazione e le linee di evoluzione del neocostituzionalismo, tanto nel diritto positivo quanto nella dottrina. A continuazione, realizzeremo una sintesi di ciò che abbiamo trattato, esponendo le conclusioni alle quali siamo giunti:

- Il neocostituzionalismo suppone un superamento della concezione ottocentesca delle costituzioni, che le riduceva a semplici testi procedurali, la cui unica missione era quella di stabilire organi competenti per esercitare il potere e le tecniche di produzione legislativa, rimanendo inutilizzata la loro parte dogmatica (quando esisteva), poiché non si stabiliva nessuna via per esigere la sua applicazione da parte delle autorità. Parliamo, insomma, della fine della figura del legislatore onnipotente, abilitato a ignorare e a contraddire lo spirito della costituzione generando qualsiasi diritto, indipendentemente dal suo contenuto. Quindi, il neocostituzionalismo si può considerare da una doppia prospettiva.

Da un lato, fa riferimento al fenomeno costituzionale sorto dopo la caduta del nazismo, e materializzato nelle costituzioni nate una volta conclusa la liberazione dell'Europa, come quella italiana del 1947 o quella tedesca del 1949. Le caratteristiche comuni a questi nuovi testi costituzionali sono: a) un forte contenuto assiologico, identificato con determinati valori essenziali, tra i quali si distinguono i diritti fondamentali della persona, destinati a trasformarsi in pietra angolare del diritto; b) una salda vocazione direttiva della costituzione, riconosciuta infine come cuspide dell'ordinamento che deve ispirare il suo contenuto materiale, in modo che il diritto infracostituzionale non possa mai contraddire i valori della norma fondamentale, ma che al contrario, possieda il dovere di svilupparli, e c) l'instaurazione di tecniche e di organi destinati a vegliare per il compimento effettivo della costituzione, tra i quali spicca, senza alcun dubbio, la corte costituzionale, la cui giurisprudenza è un'importante fonte di sviluppo dei principi costituzionali.

Dall'altra parte, possiamo parlare di un neocostituzionalismo teorico che nasce dal compromesso di gran parte della dottrina con il nuovo modello di costituzione. Autori come Alexy, Nino, Dworkin o Zagrebelsky non si limitano a constatare la trasformazione giuridica che hanno davanti agli occhi, ma decidono di prendere parte attiva ad essa. Dalla loro prospettiva, la nuova realtà costituzionale non è qualcosa da studiare, ma da sviluppare e migliorare, poiché costituisce un'eccellente opportunità per raggiungere un ideale di società giusta, realmente democratica e incentrata sul valore della dignità umana. La loro posizione si definisce con particolare precisione attraverso il concetto di "punto di vista interno" o "del



partecipante”, difeso da autori come Nino o Dworkin, vale a dire, la prospettiva di chi accetta il diritto vigente considerandolo un criterio degno di essere accettato come modello di comportamento per la sua correttezza morale, ma allo stesso tempo è cosciente che il valore di tale diritto proviene dalla giustizia incarnata nei suoi principi supremi, che purtroppo possono rimanere incompiuti dal legislatore quando elabora le leggi concrete.

Pertanto, chi accetta il punto di vista interno esamina l’ordinamento partendo, come afferma Nino, da una “morale critica”, che lo porterà ad essere esigente nella richiesta del pieno sviluppo degli obiettivi costituzionali e a rifiutare le derive legislative contrarie ai principi della costituzione, i quali non solo validi solo per trovarsi nella stessa, ma perché costituiscono una delle principali ragioni della validità della norma fondamentale, giacché la rendono giusta e di conseguenza accettabile. Proprio una delle massime della dottrina neocostituzionalista, sostenuta da autori come Zagrebelsky, è quella di accettare che i principi morali imprescindibili per conseguire un diritto corretto materialmente, sono inclusi nelle costituzioni attuali attraverso i diritti fondamentali, in tal modo il neocostituzionalismo supera la dicotomia tra giusnaturalismo e positivismo nel positivizzare le esigenze assiologiche di ogni diritto valido.

- Come abbiamo indicato, uno dei principali tratti del neocostituzionalismo è l’innegabile relazione tra il diritto e la morale che consacra. La pretesa di correttezza (vale a dire, di giustizia) definita da Alexy come consustanziale a ogni sistema giuridico e requisito capitale per la sua giuridicità, è oggi una realtà in tutte le costituzioni occidentali (e anche, in maggior o minor misura, in altre costituzioni di diversi luoghi del pianeta), attraverso la creazione dei diritti fondamentali nei loro testi. La radice comune a tutti questi diritti è una concezione liberal-egualitaria dell’essere umano e della società, magistralmente esposta da Nino, secondo la quale ogni persona ha il diritto di contare sulle risorse e sulle opportunità sufficienti per realizzarsi come individuo e sviluppare il proprio piano di vita, liberandosi dai vincoli e dalle sofferenze che lo riducono all’oscurantismo, all’oppressione e al dolore artificiale e ingiustamente provocato dal sistema politico.

Questa prospettiva implica un trattamento globale ed egualitario di tutti i diritti della persona. Dalla libertà di espressione al diritto per la casa, esiste un’interconnessione assoluta tra la totalità dei diritti, giacché la fruizione degli uni è requisito per l’esercizio degli altri, e tutti quanti servono al fine supremo della dignità umana, risultando imprescindibile per il loro conseguimento. Chiunque sia carente dei mezzi per la propria formazione, vedrà seriamente ristretto il proprio diritto a partecipare nella vita politica, culturale o scientifica del proprio paese, poiché è stato privato delle conoscenze imprescindibili per una comprensione sufficiente di questi ambiti, così come per poter apportare in essi le proprie idee e le proprie proposte. Allo

stesso modo, chiunque si trovi legato alla sofferenza di una malattia che potrà essere curata con un trattamento adeguato, o alla povertà, è sottomesso a un dolore incompatibile con il libero sviluppo della sua personalità, per il quale sono necessari, oltre all'accesso alla cultura o al rispetto della libertà di coscienza, l'assenza di sofferenza fisica (e morale, molte volte quella più distruttrice), che patisce chi soffre sul proprio corpo e sulla propria anima gli effetti della discriminazione e dell'emarginazione.

Di conseguenza, la maggior parte della dottrina neocostituzionalista sostiene il riconoscimento allo stesso livello di tutti i diritti umani, siano essi "di libertà" o sociali, e sottolinea il dovere dello Stato costituzionale moderno di promuoverli e svilupparli, soprattutto quando in numerose costituzioni europee e latinoamericane i diritti sociali sono riconosciuti come diritti fondamentali costituzionali, alla stregua dei classici diritti di libertà.

- Una delle questioni più discusse tra la dottrina neocostituzionalista è la portata pratica del requisito di fondamento morale del diritto. A che serve affermare che una norma è moralmente inaccettabile se continua ad essere vigente? Che senso ha proclamare la natura soprapositiva dei principi dominanti nelle attuali costituzioni se, in caso di riforma costituzionale realizzata per mezzo dei canali previsti dal diritto o l'abrogazione della costituzione attraverso metodi non riconosciuti dall'ordinamento, questi perderanno tutta la loro influenza giuridica?

Prima di tutto, è evidente che la convinzione che la legittimità dei principi morali consacrati nella costituzione trascenda quella del semplice patto contingente, è la migliore garanzia della sua sopravvivenza e della sua realizzazione. Il giurista compromesso con i diritti fondamentali si impegnerà nella loro difesa con una determinazione di gran lunga superiore rispetto a chi li vede come un asettico oggetto di studio. Lo stesso succederà con la cittadinanza, il cui protagonismo nell'organizzazione e nel governo dello Stato è imprescindibile per evitare la sua degenerazione politica. Se le conquiste ottenute nelle attuali costituzioni si osservano come semplici accordi che possono svanire se lo desidera una maggioranza, rimarranno relegate a una situazione di fragilità che in qualsiasi momento può sfociare nella loro scomparsa. Se, al contrario, vengono concepite al di là dell'ignorata e relativizzata moralità privata (e perfino collettiva), e le si innalza alla categoria di fondamenti irrinunciabili di ogni sistema giuridico, si genererà una salda convinzione tra cittadini, funzionari incaricati di applicare il diritto e giuristi, che sarà la migliore garanzia della loro conservazione, senza che questo implichi che non si possa, tuttavia, continuare a progredire nel loro sviluppo come indica gran parte della dottrina italiana, considerando le conquiste e i diritti già ottenuti come irrinunciabili.

Soffermiamoci adesso sulle conseguenze che derivano dalla contraddizione tra la legge e la giustizia analizzando gli strumenti possibili per correggerla. Da una prospettiva più orientata verso il positivismo, Ferrajoli evidenzia la differenza tra vigenza e validità del diritto, ma prendendo come riferimento la costituzione. Secondo l'autore, la vigenza della norma giuridica si produce quando questa è approvata dall'organo competente, ma avrà validità solo se il suo contenuto è conforme ai principi costituzionali. In caso contrario, la corte costituzionale dovrà annullarla. Però cosa succederà se la costituzione smette di riconoscere questi principi?

Alexy ritiene che, al di là del suo riconoscimento costituzionale, i diritti basilari della persona sono la radice materiale del diritto valido. Pertanto, l'autore considera che quando la norma legale raggiunga un'ingiustizia estrema (attacco frontale ai diritti umani), perderà la sua natura giuridica. Se il volume di leggi radicalmente ingiuste arriva al livello di contaminare tutto l'ordinamento a cui appartengono (questo succede quando l'annullamento delle norme antiggiuridiche priva il sistema giuridico dei pilastri imprescindibili per la sua considerazione come tale), si potrà dire che il diritto di un determinato paese non esiste, e che le norme che lo reggono non sono giuridiche, ma semplici imposizioni tiranniche simili agli ordini di un sequestratore. Quando l'ingiustizia della legge non raggiunge tale livello, ma esiste, la si considererà diritto, anche se un diritto imperfetto. Tuttavia, che importanza ha questo?

L'importanza della moralità del diritto si materializza nel fatto che l'ingiustizia della norma giuridica autorizza il cittadino a usare determinati strumenti, dipendendo dalla gravità della stessa, per combatterla. Il primo, ricorrere alla corte costituzionale per richiedere l'annullamento della norma. Il secondo, quando la legge attacca i diritti della cittadinanza senza raggiungere l'ingiustizia estrema, ricorrere alla disobbedienza civile, riconosciuta da autori come Rawls, Habermas o Dworkin, come risposta pacifica alle infrazioni del legislatore. La disobbedienza civile costituisce un inadempimento volontario e pubblico alle leggi come forma di protesta ed esigenza della rettificazione legislativa. Questa disobbedienza, come sottolinea Rawls, può diventare violenta se il governo ignora le giuste richieste del cittadino, essendo l'autorità l'unica responsabile di tale situazione per accanirsi sul suo abuso. Infine, e davanti l'ingiustizia estrema che corrompe tutto l'ordinamento, si ammette il diritto di resistenza, come insurrezione armata del popolo per rovesciare il governante tirannico.

Come abbiamo rilevato nella nostra opera, la convinzione riguardo la necessaria ispirazione morale del diritto per essere considerato come tale ha riflesso in numerose costituzioni. La sottrazione di determinate materie (essenzialmente i diritti fondamentali) alla riforma costituzionale (prevista in testi costituzionali come quello italiano), in modo che debbano mantenersi nel futuro come conquiste irrinunciabili, dimostra la convinzione del costituente nel

valore sovrapositivo di questi diritti. Allo stesso modo, il riconoscimento del diritto di resistenza in diverse costituzioni europee e latinoamericane, iniziando da quella tedesca, e l'allusione a determinati valori (principalmente la dignità della persona), come necessario fondamento di ogni comunità umana, evidenziano il riflesso giuspositivo della fede nella natura metagiuridica dei fondamenti del diritto.

- Diversi settori della dottrina discutono sulla relazione tra neocostituzionalismo e democrazia deliberativa e partecipativa. Come abbiamo indicato, il neocostituzionalismo si caratterizza per promuovere il massimo sviluppo dei principi costituzionali, tra i quali si trovano i diritti politici della cittadinanza e la forma democratica dello Stato. E, con ogni ragione, un gran numero di giuristi considera che i limiti della democrazia non si trovano nel votare una volta per legislatura, lasciando durante tutto quel tempo in mano di una *élite* politica la sovranità popolare, ma esistono metodi per assicurare una partecipazione più diretta e quotidiana della cittadinanza negli affari politici, così come per fomentare l'informazione e il dibattito riguardo ai temi politici, affinché ogni cittadino possa votare con una libertà piena, cioè, sapendo esattamente che cos'è ciò che vota, che alternative ha e quali saranno le conseguenze della sua scelta.

Dall'altra parte la relazione tra diritto e morale, propria del neocostituzionalismo, si proietta anche in questo ambito. Le figure di maggior rilievo della dottrina neocostituzionalista, quali Alexy, Dworkin, Nino o Ferrajoli, confidano nell'efficacia del dialogo libero e informato per ottenere le migliori soluzioni morali. Questo non implica nessun tipo di relativismo poiché, sottolinea Alexy, i limiti del dialogo si trovano nel contenuto essenziale dei diritti fondamentali, in modo che la deliberazione serva per fomentarli, ma mai per eliminarli. Quest'affermazione si presenta come imperativo, ma anche come convinzione: data la natura razionale dell'uomo, un dialogo libero e informato non potrà mai degenerare in conclusioni mostruose, ma conformi alla natura e alla dignità della persona. Ovviamente, sono premesse imprescindibili per questo dialogo la formazione, l'informazione, e l'eguale possibilità di partecipazione di tutti coloro che intervengono. Per questo, i diritti fondamentali sono inerenti allo stesso, poiché, senza il loro rispetto, è impossibile che i partecipanti raggiungano le condizioni inerenti al dialogo.

È per questo che una democrazia deliberativa, dove l'informazione e il libero dialogo siano una realtà, e partecipativa, nella quale il cittadino, una volta che ha formato la propria opinione, possa esercitare la propria sovranità senza intermediari in tutto quello che sia possibile, risulta una delle massime accettate totalmente o parzialmente, dalle figure più note del pensiero neocostituzionalista (la scommessa per la democrazia deliberativa è espressa da Nino, Alexy o Dworkin, e Ferrajoli inoltre prende posizione a favore delle tecniche di democrazia

partecipativa). Non dobbiamo dimenticare l'interconnessione tra l'aspetto deliberativo e l'aspetto partecipativo della democrazia, poiché senza deliberazione, senza informazione e senza discussione, la partecipazione politica rimane viziata dall'ignoranza e dalla manipolazione, ma senza partecipazione politica diretta, gli effetti positivi della deliberazione rimangono drasticamente limitati quando si priva la cittadinanza della possibilità di influire in modo diretto nel governo della propria comunità.

Sebbene in Europa non sia un'istituzione né tantomeno sia generalizzata, la democrazia deliberativa e partecipativa sta iniziando ad essere presente nelle nuove costituzioni latinoamericane, che rappresentano un passo in avanti nell'evoluzione giuridico-positiva del neocostituzionalismo. Come abbiamo esposto nel corso di questo lavoro, la Costituzione venezuelana è un esempio di democrazia partecipativa, con mezzi come il referendum vincolante ad iniziativa popolare o la revoca del mandato dei rappresentanti politici, e a livello municipale sono state generate diverse tecniche di partecipazione popolare come il bilancio partecipativo. Allo stesso modo, la creazione della figura del produttore nazionale indipendente, e altre iniziative analoghe, costituiscono un'eccellente forma di fomentare l'informazione e la deliberazione attraverso i mezzi di comunicazione. Evidenziando queste misure non pretendiamo di presentare il sistema politico venezuelano come un referente di perfezione, ma solo mettere in rilievo quelle norme dello stesso che, in relazione ad altre nazioni, costituiscono un singolare esempio di impegno democratico, senza che questo eclissi le gravi carenze che, in altri ambiti, possiede tale sistema.

- La logica garantista propria del neocostituzionalismo si proietta anche sulla concezione formale dei diritti fondamentali. Nel nuovo modello, questi diritti, riflessi nella costituzione come cuspide dell'ordinamento, si caratterizzano per essere pienamente esigibili, poiché un diritto non rivendicabile rimane ridotto a una dichiarazione vuota. Purtroppo, questa esigenza rivendicata dalla dottrina e stabilita in numerose costituzioni non è ancora una realtà completa, soprattutto in relazione ai diritti sociali, sebbene si stiano producendo progressi in tal senso, soprattutto in ambito latinoamericano.

Da una parte, e secondo la nuova visione sostanzialista dei diritti fondamentali e i valori costituzionali, si riconosce l'esistenza di diritti non espressamente sanciti dalla costituzione, ma deducibili dal loro spirito e, pertanto, presenti nella stessa. La tesi, che in modo pionieristico sostenne Barbera in relazione alla Costituzione italiana, oggi si è generalizzata ed è esplicitamente riflessa nelle diverse costituzioni latinoamericane ed europee. Dall'altra, la convinzione che i diritti fondamentali nascono dalla dignità umana, e non da un'istituzione artificiale come la cittadinanza, sta portando una parte della dottrina a rivendicare la

generalizzazione di questi diritti alle persone che risiedono in un determinato paese siano o meno cittadini, così come una certa evoluzione nella legislazione sulla materia.

In tale contesto, ricoprono particolare importanza le tecniche di protezione dei diritti fondamentali, inclusi i diritti sociali, storicamente privati della tutela. La giurisprudenza di certi paesi latinoamericani costituisce un eccellente esempio di evoluzione nella protezione di tutti i diritti. Accettando l'aspetto dell'incostituzionalità per omissione, che proibisce l'inattività dello Stato davanti agli obblighi positivi che la costituzione gli impone, delle corti come quella colombiana, hanno imposto obblighi attivi, necessari e specifici al governo del paese, in materie come il diritto fondamentale alla salute. Ordinare a un legislatore che destini determinate quantità del bilancio a soddisfare determinati diritti sociali della popolazione, imporgli la costruzione di un ospedale in un periodo di tempo concreto o ordinargli che attivi un piano di protezione per le persone senza tetto non si può considerare come un'invasione nelle sue competenze, ma come un'esigenza del fatto che compia la costituzione proveniente dal suo massimo garante: la corte costituzionale.

Sono state anche generate altre tecniche di tutela e di promozione dei diritti fondamentali non giudiziari, tra le quali si distinguono la creazione di figure come quella dell'*Ombudsman*, l'elaborazione di piani destinati a sviluppare i diritti sociali attraverso l'investimento pubblico, il riconoscimento del diritto di ogni cittadino a rivendicare allo Stato informazione precisa e dettagliata sul grado di rispetto dei diritti fondamentali nel proprio paese o l'instaurazione di procedimenti amministrativi, più agili di quello giudiziario, destinati alla protezione dei diritti fondamentali.

- Un'altra delle materie sui cui si incentrano attualmente gli sforzi della dottrina neocostituzionalista è la sfida della globalizzazione. La crescente interconnessione tra i diversi Stati attraverso le organizzazioni internazionali non può costituire un regresso per la sovranità, al contrario deve sostenerla. Questo si può raggiungere solo stabilendo come limiti non negoziabili i diritti e le garanzie riconosciute dalla costituzione, in modo che l'integrazione in organismi sovranazionali possa generare tutele e sviluppi aggiuntivi, ma mai restringere i diritti e le garanzie già riconosciute. In questo senso, si deve evitare il rischio di mercificazione del costituzionalismo, che segnala Pisarello, rifiutando qualsiasi relativizzazione dei diritti fondamentali e ogni rinuncia alle conquiste sociali ottenute, per soddisfare gli interessi di multinazionali e di grandi poteri economici internazionali.

Al contrario, bisogna approfondire lo sviluppo degli organi e degli strumenti di tutela sovranazionale dei diritti fondamentali, tanto a livello regionale quanto nel quadro dell'ONU. In

tal senso, dalla dottrina neocostituzionalista (identificata in autori come Ferrajoli, Prieto Sanchís o Pisarello), si rivendica che la mondializzazione debba essere uno strumento aggiuntivo per il progresso in diritti e garanzie, e non per il regresso nelle conquiste già ottenute.

- Una delle maggiori fonti di critiche verso il neocostituzionalismo si trova nel rigore logico dell'applicazione dei principi costituzionali da parte della corte costituzionale. Questo tribunale gode dell'autorità per correggere gli eccessi del legislatore avvalendosi della supremazia della norma fondamentale, ma, è realmente il giudice costituzionale il portavoce della costituzione, o sotto i suoi ragionamenti si maschera la sua nuda volontà, priva della legittimità democratica che possiede il legislatore? Abbiamo sostenuto la validità dei ragionamenti del giudice costituzionale, la sua legittima competenza per esercitare le sue funzioni e la certezza che è l'unico organo idoneo per salvaguardare in ultima istanza la costituzione, poiché lasciare la sua custodia al destino degli interessi del potere politico equivale, come ha dimostrato la Storia, a privarla di ogni influenza. Se si permette a qualcuno di essere giudice e parte, è ovvio che giudicherà a favore dei suoi stessi interessi.

Secondo la nostra opinione, le principali garanzie affinché il giudice costituzionale compia correttamente la sua funzione sono tre: la sua indipendenza dal potere politico, la ragionevolezza delle sue decisioni, che devono essere giustamente motivate, e la capacità popolare di modificare la costituzione limitando o annullando la potestà della corte costituzionale se eccede nelle sue funzioni. Abbiamo descritto le tecniche impiegate nei diversi ordinamenti per cercare di assicurare questa indipendenza, come il carattere vitalizio del posto di magistrato o il divieto per un determinato tempo dopo aver concluso il suo mandato che il giudice non assuma incarichi pubblici che gli potrebbe offrire il governo. D'altra parte, la possibilità che il popolo possa ritirare la propria fiducia (e con essa il potere) a una corte costituzionale arbitraria è evidenziata da Lucio Pegoraro come una possibilità perfettamente fattibile.

La garanzia più complessa e discutibile è quella della ragionevolezza delle decisioni della corte costituzionale. Il giudice costituzionale applica principi astratti e per questo suscettibili di diverse interpretazioni, principi che molte volte si contraddicono e che richiedono un'interpretazione che li concili concedendo a ognuno il grado di influenza che merita nel caso che viene prospettato. Il giudice costituzionale, in altre parole, aggiunge ai classici criteri interpretativi (grammaticale, sistematico, etc.) una tecnica specifica: la ponderazione, destinata ad applicare i generici principi costituzionali ai casi specifici che deve trattare. Mediante la ponderazione il giudice relaziona in uno stesso processo di ragionamento i principi costituzionali applicabili al caso e le circostanze specifiche dello stesso, dalle quali dipenderà il

peso che, in quel caso concreto, possieda ogni principio. Ovviamente il diritto all'onore di un individuo prevarrà rispetto alla libertà d'espressione di chi attacca verbalmente con più facilità di quella di una carica pubblica, che per la sua posizione deve sopportare un maggiore numero di critiche e rimproveri.

Abbiamo analizzato, seguendo lo studio di Morrone, le tecniche utilizzate dalla Corte Costituzionale italiana per applicare la costituzione, vale a dire, il giudizio di uguaglianza-ragionevolezza, il giudizio di ragionevolezza e il giudizio intorno alla ponderazione ragionevole degli interessi costituzionali, constatando il rigore razionale che le avalla. D'altra parte, abbiamo studiato le posizioni di diversi autori favorevoli e contrari alla validità del modello di ragionamento ponderato impiegato nella giurisdizione costituzionale. Il risultato di tutti questi sforzi conduce ad uno stesso punto: la ragionevolezza, ossia, la razionalità proiettata sui valori della costituzione. La ragionevolezza applica la razionalità ad un contenuto assiologico, esigendo la fedeltà alla legge e all'interpretazione legale verso questi valori, in modo che sia quanto più conforme agli stessi (o, in ogni caso specifico, al valore che, analizzando la costituzione come un tutto e le circostanze fattuali, si intende che debba prevalere).

Accettare la ragionevolezza non implica di credere che il giudice costituzionale possa solo offrire un'unica risposta, considerata come corretta (la *one right answer*, sostenuta da Dworkin) per ogni caso che gli si prospetti. La discrezionalità giudiziale è una realtà, una discrezionalità che deriva dall'estrema difficoltà di assicurare con totale certezza che, in determinati "casi difficili" la soluzione è indiscutibilmente una. Invece in certi casi è ovvio che la soluzione costituzionalmente valida è soltanto una, ci saranno altri casi in cui si possa optare per varie soluzioni razionalmente corrette, giacché l'unico requisito per farlo è il dovere del giudice di argomentare la propria decisione.

E proprio in tale argomentazione si trova la garanzia della ragionevolezza. Come assicura Alexy, la fonte di legittimità della corte costituzionale è deliberativa: la fiducia del popolo nella sua argomentazione, l'accettazione di questa come corretta per la sua saggezza e oggettività, sono i pilastri su cui si regge la sua potestà. Pertanto, esistono ragioni per credere nella ragionevolezza, così come ne esistono per credere nella logica applicata a qualsiasi altro ambito, ma questa fede non può essere cieca: si deve esigere al giudice costituzionale che argomenti con la massima scrupolosità ciascuna delle sue decisioni, affinché siano trasparenti, affinché possano essere giudicate da giuristi e cittadinanza e rimanga evidenziata la loro qualità razionale, il cui declino sarebbe una potente causa per mettere in discussione la continuità della corte costituzionale. Allo stesso modo, possono essere di grande utilità tecniche come richiedere una maggioranza rinforzata per le decisioni della corte costituzionale, in modo che l'accordo per



la grande maggioranza di coloro che la costituiscono rappresenti una garanzia in più della qualità razionale dello stesso.

Dall'altra parte, abbiamo constatato che i principi costituzionali possono e devono essere anche molto presenti nel ragionamento del giudice ordinario, portandolo a scegliere per l'interpretazione più conforme alla costituzione, che non ha motivo di essere quella che si deduce da un'interpretazione letteralista della legge, sebbene il giudice (nel caso in cui appartenga a un sistema di *Civil Law*), non può optare per l'interpretazione *contra legem* in modo che quando l'interpretazione costituzionalmente valida nell'opinione del giudice sia frontalmente contraria al testo della legge, dovrà sospendere il processo e ricorrere alla corte costituzionale affinché decida sulla sua incostituzionalità. E questo non potenzierà il soggettivismo interpretativo, ma tutto il contrario. Come afferma Dworkin, l'instaurazione di alcuni principi come guida per l'interpretazione di tutti i giudici è una garanzia di uguaglianza tra i cittadini, poiché massimizza le probabilità di un giudizio oggettivo, giacché in sua assenza, il giudice potrà essere guidato dalla morale individuale o dalle sue preferenze personali nell'applicare la legge.

- Per concludere, vogliamo rispondere a coloro che affermano che il neocostituzionalismo equivale a un "governo dei giudici", dove la corte costituzionale dirige la politica del paese. Abbiamo appena evidenziato le limitazioni che il giudice costituzionale ha al momento di realizzare il suo lavoro, e che restringono drasticamente la sua discrezionalità. Ad esso bisogna aggiungere che la costituzione impone dei limiti ed esige azioni positive al legislatore, però questo non annulla la sua libertà ad eseguire il suo progetto politico. Ci sono diverse strade per portare a termine le esigenze della costituzione, tutte quante valide finché risultino idonee per quello, e il legislatore sarà libero di prendere quella che preferisce. D'altro canto, una volta compiuti gli obiettivi costituzionali, il legislatore possiede un ampio margine d'azione per esercitare le sue funzioni. Come evidenzia Zagrebelsky, le costituzioni attuali conciliano il pluralismo con la giustizia e la diversità di progetti politici con il rispetto alla dignità di tutti, incluse le minoranze.

Inoltre, il neocostituzionalismo si caratterizza proprio per il suo impegno con la vera democrazia. Promuovendo l'effettiva vigenza di tutti i diritti fondamentali, appoggiando l'approfondimento nella deliberazione pubblica e nella partecipazione diretta dei cittadini nella politica, si garantisce che il numero dei casi suscettibili di essere giudicati dalla corte costituzionale si riduca drasticamente. Perché il coinvolgimento cittadino nella politica, il controllo quotidiano dei governanti da parte del popolo, l'offerta a ogni cittadino delle condizioni necessarie a formare la sua mente e la sua ragione, per comprendere ed accettare il

proprio valore e quello dei suoi simili (l' "autorispetto" a cui si riferisce Rawls) è il miglior modo di mettere fine agli eccessi del potere e di garantire la giustizia e la razionalità delle decisioni pubbliche. In questo modo il ruolo della corte costituzionale sarà ridotto alla correzione delle arbitrarietà sempre più precise e straordinarie.

## BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, A., *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 4, 2000.
- AA.VV., *Diritti di libertà e diritti sociali*, Ed. Jovene, Napoli, 1999.
- *El juez y la cultura jurídica contemporánea, Tomo 1, La tercera generación de derechos fundamentales*, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2009.
- *Encuesta: Derechos Fundamentales. Encuestados: Luis Aguiar de Luque, Luis María Díez-Picazo, Ángel Gómez Montoro, Gregorio Peces-Barba Martínez, Juan José Solozábal Echevarría*, in *Teoría y realidad constitucional*, nº 20, 2007.
- *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona 2004.
- *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina, del invento a la herramienta*, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006.
- ABRAMOVICH, V., *La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales*, in *Derechos económicos, sociales y culturales en América latina, del invento a la herramienta*, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006.
- *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*, in *Revista de la CEPAL*, nº 88, abril 2006.
- ABRAMOVICH, V., COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid 2002.
- AGUDELO, C. A. *Los derechos humanos como bienes básicos de las personas morales*, in *Jurídicas*, vol. 4, nº 1, Universidad de Caldas, Colombia 2007.
- AGUDO ZAMORA, M., *El modelo europeo de justicia constitucional*, in *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Pablo Pérez Tremps (coord.), 2007.
- ALCHOURRON, C. E., BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires 1993.
- ALEXY, R., *Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático*, in Carbonell, M., (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid 2003.
- *Derecho y razón práctica*, Distribuciones Fontamara, México DF 1998.
- *Discourse theory and human rights*, in *Ratio Juris*, vol. 9, 1996.
- *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona 2004.
- *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 66, 2002.
- *Justicia como corrección*, in *Doxa*, 26, 2003.

- *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, in Garzón Valdés, E., (ed.) *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona-Caracas 1985.
- *La institucionalización de la justicia*, trad. de J. A. Seoane, Comares, Granada, 2010.
- *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 5, Nº 8, 2000.
- *La tesis del caso especial*, in Isegoría, *Revista de filosofía moral y política*, nº 21, 1999.
- *Ponderación, control de constitucionalidad y representación* in Alexy, R., Andrés Ibañez, P., *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, Mexico DF, 2006.
- *Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral*, in Vázquez, R., (comp.) *Derecho y moral, ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona 1998.
- *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin*, in *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, (trad. di Paula Gaido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005.
- *Sobre los derechos constitucionales a protección*, in AA.VV., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997.
- *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- ALEXY, R., ANDRÉS IBAÑEZ, P., *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, México DF, 2006.
- ALLEGRETTI, U., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano 2009.
- *Politiche di partecipazione in Venezuela: l'inizio di un percorso di statuizione normativa*, in *Democracia e diritto*, nº 4, 2006.
- ALMIRANTE, C., *Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Diritti di libertà e diritti sociali*, Ed. Jovene, Napoli, 1999.
- ALONSO GARCÍA, R., *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, in *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 25, Nº 73, 2005.
- ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R., *Los derechos en el constitucionalismo: Tipología y tutela "multilevel"*, in *Teoría y realidad constitucional*, nº 20, 2007.
- ÁLVAREZ GÁLVEZ, I., *Sobre el carácter irrenunciable de los derechos humanos*, in *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, edición virtual, nº 5, 2002.
- ANDRÉS IBAÑEZ, P., *Legalidad, jurisdicción y democracia*, in Alexy, R., Andrés Ibañez, P., *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, México DF, 2006.

- *¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo*, in *Doxa* 15-16, 1994.
- ANGULO SÁNCHEZ, N., *El desarrollo como derecho humano*, in *Entelequia*, Revista Interdisciplinar, nº6, primavera 2008.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº1, Nº2, 1993-1994.
- AÑÓN, M. J., *Notas sobre discrecionalidad y legitimación*, in *Doxa*, 15-16, 1994.
- ARAGÓN REYES, M., *Constitución, democracia y control*, UNAM, México 2002.
- *Constitución y derechos fundamentales*, in *Estudios de derecho constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid 1998.
- *La Constitución como paradigma*, in AA.VV., *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Trotta, Madrid 2007.
- ARCOS RAMÍREZ, F., *Una defensa de la moral interna del derecho*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº4, Nº 7, 1999.
- ASÍS ROIG, R. de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, in *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid 2001.
- ATIENZA, M., *Derecho como argumentación*, in Atienza, M., Ferrajoli, L., *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, UNAM, México 2005.
- *El Derecho como argumentación*, in *Isegoría*, nº 21, 1999.
- *Las razones del Derecho, teoría de la argumentación jurídica*, UNAM, México 2005.
- ATIENZA, M., FERRAJOLI, L., *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, UNAM, México 2005.
- ATIENZA, M., MANERO, A., *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel 2ed., Barcelona 2004.
- BARBERA, A., “Art. 2”, in Branca, G., (a cura di) *Commentario della costituzione*, ed. Nicola Zanichelli, Bologna 1975.
- (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari 1997
- “Nuovi diritti”: *attenzione ai confini*, in Califano, L., (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2004.
- *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, a. XXX, n. 2, giugno 2010.
- BARBOSA MOREIRA, J. C., *La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)*, in *Revista Uruguay de Derecho Procesal*, Montevideo, nº 2, 1992.

- BARRANCO AVILÉS, M<sup>a</sup> del C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid 2000.
- BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, A., *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León, México, 1998.
- BELLETTI, M., *Livelli essenziali delle prestazioni” e “contenuto essenziale dei diritti” nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Califano, L., (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004.
- BELLOSO MARTÍN, N., *Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo*, in *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca 2006.
- BENHABIB, S., *Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos*, in *Isegoría*, Revista de Filosofía moral y política, N° 39, 2008.
- BOBBIO, L., *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, 4, 2006.
- BOBBIO, N., *Derecho y lógica*, in *Cuadernos del centro de estudios filosóficos de la UNAM*, México D.F. 1965.
- *El positivismo jurídico, Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el profesor Nello Mora*, trad. de R. De Asís y A. Greppi, Debate, Madrid 1993.
- *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid 1991.
- BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. Requejo Pagés, J. y Villaverde, I., Editorial Nomos, Baden-Baden 1993.
- BONGIOVANNI, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Bologna 2008.
- *Diritti inviolabili e libertà*, in Barbera, A. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari 1997.
- *Teorie “costituzionalistiche” del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, CLUEB, Bologna 2000.
- BOROWSKI, M., *La restricción de los derechos fundamentales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n° 20, N° 59, 2000.
- BOTERO, C., *El control de constitucionalidad de las sentencias en Colombia*, in Pajares Montoro, E., (coord.), *La protección judicial de los derechos fundamentales en Brasil, Colombia y España*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005.
- BOVERO, M., *Tutela supranacional de los derechos fundamentales y la ciudadanía*, in *Revista Internacional de Filosofía Política*, N° 18, 2001.
- BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2004.
- BURGOGUE-LARSEN, L., *Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la CIDH*, in Embid Irujo, A., (dir.) *Derechos económicos y sociales*, Iustel, Madrid 2009.
- CABALLERO, J. F., *La Teoría de la Justicia de John Rawls*, in *Voces y contextos*, Año n° 1, N° 2, 2006.

- CABRA APALATEGUI, J.M., *Racionalidad y argumentación jurídica (sobre el concepto de racionalidad procedimental y la relación derecho-moral en el razonamiento jurídico a propósito de las teorías de Aulis Aarnio y Robert Alexy)*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 5, Nº 9, 2000.
- CALIFANO, L., (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2004.
- CALSAMIGLIA, A., *Constitucionalismo y democracia*, in AA.VV., *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona 2004.
- *¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?*, in *Doxa*, nº 4, 1990.
- *Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico*, in *ACFS*, nº 22, 1982.
- CARBONELL, M., *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, in AA.VV., *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Trotta, Madrid 2007.
- *Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas*, in *Revista Estudios Constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, Año 6, Nº 2, 2008.
- CARBONELL, M., (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid 2003.
- CARBONELL, M. (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Trotta, Madrid 2007.
- CARBONELL, M., SALAZAR, P., (eds.) *La constitucionalización de Europa*, México, UNAM, México 2004.
- *Las enseñanzas de la constitucionalización europea y sus protagonistas intelectuales*, in Carbonell, M., Salazar, P., (eds.), *La constitucionalización de Europa*, UNAM, México D.F. 2004.
- CÁRDENAS GRACIA, J., *Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico*, in Torres Estrada, P., (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, México 2006.
- CÁRDENAS RIVERA, M. E., *Acerca del vínculo entre el Derecho, el Estado y la democracia: a propósito de Habermas y su aporte a la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho*, in *Utopía y praxis latinoamericana, Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, nº 20, 2003.
- CARETTI, P., *Diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2005.
- CARMONA CUENCA, E., *Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital*, in *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Nº. 2, 2006.
- CARMONA TINOCO, J.U., *Interpretación judicial e impartición de justicia*, in *Actas del V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, 1998.
- CASESSE, A., *I diritti umani oggi*, Laterza, Bari, 2005.

- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, Tomo I, Reus S.A., Madrid 2005.
- CASTILLO CÓRDOVA, L., *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?*, in *Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional*, Nº. 12, 2005.
- CIANCIARDO, J., *Los límites de los derechos fundamentales*, in *Dikaion: Revista de actualida jurídica*, Nº 10, 2001.
- COMANDUCCI, P., *Forme di (neo)costituzionalismo*, in Mazzaresse, T., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002.
- COSTANZO, P., MORDEGLIA, S., (a cura di), *Diritti sociali e servizio sociale: dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2005.
- COTTURRI, G., *La democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, nº 1, 2005.
- COURTIS, C., *Los derechos sociales en perspectiva*, in Carbonell, M., *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid 2007.
- CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, L. M., *Robert Alexy: la institucionalización de la justicia*, in *Isegoría, Revista de filosofía moral y política*, nº 35, 2006.
- DE ALBA BASTARRECHEA, E., *Derechos fundamentales y libertades públicas de los inmigrantes en España*, in *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Nº. 14, 2006.
- DE DOMINGO PÉREZ, T., *La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”*, in *Revista de estudios políticos*, Nº 122, 2003.
- *Neoconstitucionalismo, positivismo y fundamentación de la obligatoriedad de la Constitución*, in AA.VV., *El positivismo jurídico a examen, estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.
- DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona 1993.
- DE VEGA GARCÍA, P., *El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional*, in *Teoría y realidad constitucional*, nº 1, 1998.
- DE VERGOTTINI, G., *Diritto costituzionale comparato*, voll. I e II, CEDAM, Padova, 2004.
- DELGADO PINTO, J., *La noción de integridad en la teoría del Derecho de Ronald Dworkin, análisis y valoración*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 7, Nº 11, 2002.
- DI GIOVINE, A., *Democrazia diretta e sistema politico*, Cedam, Padova 2001.
- DÍAZ, E., *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona 1998.
- *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid 1989.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona 1993.
- *La jurisprudencia*, in *Poder Judicial, Centro de estudios fiscales*, Madrid 1983.



- DÍEZ-PICAZO, L., e GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil*, vol. 1, Tecnos, Madrid 1995.
- DOGLIANI, M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1994.
- DONADIO LINARES, L. M., *Coalición de derechos fundamentales en los espacios integrados: prudentia iudicialis: entre la vanguardia y la timidez*, in *Criterio jurídico*, N° 7, 2007.
- DREIER, R., *Derecho y Moral*, in Garzón Valdés, E., (ed.) *Derecho y Filosofía*, Ed. Alfa, Barcelona 1985.
- DUVERGER, M., *El control jurisdiccional de los gobernantes*, in *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, N° 319, Octubre de 2001, Santa Fe de Bogotá.
- DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona 1992.
- *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, Barcelona 1993.
- *La democracia posible*, Paidós, 2008.
- *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid 2007.
- *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona 1984.
- ELÓSEGUI ITXASO, M., *La inclusión del otro. Habermas y Rawls ante las sociedades multiculturales*, in *Revista de Estudios Políticos*, diciembre, n° 98, 1997.
- EMBED IRUJO, A. (dir.), *Derechos económicos y sociales*, in *Iustel*, Madrid 2009.
- ESCOBAR ROCA, G., *Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud*, in *Revista de derecho político*, N° 71-71, 2008.
- ESTÉVEZ, J. A., *El sentido de la desobediencia civil*, in *Arbor* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), nov.- dic. 1987.
- FALCÓN Y TELLA, M. J., *El argumento analógico en el derecho*, Civitas, Madrid 1991.
- *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*, Marcial Pons, Madrid 2010.
- FENUCCI, F., *Recenti orientamenti della corte sui diritti fondamentali*, in Califano, L., (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *El punto de vista moral y la obediencia al Derecho*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 6, 1990.
- *Ética, Derecho y Política. ¿El Derecho positivo debe basarse en una ética?*, in *Documentación social*, n° 83.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*, in *Revista española de derecho constitucional*, Año n° 13, N° 39, 1993.
- *Los cambios de la jurisprudencia constitucional*, vol. 3, Dykinson, Madrid 2009.
- FERRADA, J. C., *Los derechos fundamentales y el control constitucional*, in *Revista de Derecho*, Universidad Austral, vol. XVII, 2004.

- FERRAJOLI, L., *Aspettative e garanzie, prima tesi di una teoria assiomaticizzata del diritto*, in Lombardi Vallauri L., (a cura di), *Logos del essere, logos della norma*, Adriatica editrice, Bari 1998.
- *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n° 3, 2010,
  - *Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional*, in Atienza, M., Ferrajoli, L., *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, UNAM, México 2005.
  - *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995.
  - *El papel de la función judicial en el Estado de Derecho*, in Atienza, M., Ferrajoli, L., *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, UNAM, México 2005.
  - *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México DF 2004.
  - *Garantías*, trad. esp. de A. de Cabo y G. Pisarello, in *Jueces para la democracia*, N° 38, 2000.
  - *Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N° 9, 2009.
  - *Jurisdicción y democracia*, in *Jueces para la democracia*, n° 29, 1997.
  - *La formación de una esfera pública europea*, in Carbonell, M., Salazar, P., (eds.) *La constitucionalización de Europa*, México, UNAM, 2004.
  - *La esfera de lo indecible y la división de poderes*, in *Estudios Constitucionales*, Año 6, n° 1, 2008.
  - *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, in *Revista internacional de Filosofía Política*, n° 17, 2001.
  - *Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero*, in *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, n° 19, 2003.
  - *Sobre los derechos fundamentales*, in Carbonell, M., *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid 2007.
  - *Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*, in *Revista de Filosofía Política*, n° 30, 2007.
- FERRER MACGREGOR, E., CARBONELL, M., *Compendio de derechos humanos*, Porrúa, México 2004.
- FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid 1997.
- FIORAVANTI, M., *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid 2001.
- *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid 1998.
- FIX ZAMUDIO, H., *El juez ante la norma constitucional*, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 57, enero-marzo 1956.

- FORSTHOFF, E., *Problemas constitucionales del Estado social*, in Aberndrtoh, W., Forsthoff, E., Doebling, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986.
- FREIXES SANJUÁN, T., e REMOTTI CARBONELL, J. C., *Los valores y principios en la jurisprudencia constitucional*, in *Revista española de Derecho constitucional*, nº 35, 1992
- FULLER, L., *La moral del Derecho*, ed. Trillas, México 1967.
- GALÁN JUÁREZ, M., *La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional*, in *Isegoría*, Nº 35, julio-diciembre, 2006.
- GALLETTI, M., *Significati e paradossi del diritto (umano) alla salute*, in Vida, S., (a cura di), *Diritti umani: Trasformazioni e reazione*, Bononia University Press, Bologna 2008.
- GARCÍA AMADO, J.A., *Interpretación y argumentación jurídica*, Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ - ECJ, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Civitas, Madrid, 1984.
- GARCÍA FIGUEROA, A., *¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy*, in García Manrique (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009.
- *La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo*, in AA.VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid 2003.
- *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998.
- GARCÍA MACHO, R. J., *Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad*, in *Revista catalana de dret públic*, Nº 38, 2009.
- GARCÍA MANRIQUE, R., (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- GARCÍA MORALES, A., *La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete 2009.
- GARCÍA MORELOS, G., *La Corte Constitucional de Sudáfrica y los derechos fundamentales*, in *Revista iberoamericana de Derecho procesal constitucional*, nº 8, 2007.
- GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Alianza editorial, Madrid 1999.
- GARRIDO FALLA, F., *Comentario al Título Primero. De los derechos y deberes fundamentales*, in Garrido Falla, F. y otros, *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición ampliada. Ed. Civitas, Madrid 2001.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La relación entre los derechos fundamentales y el poder*, in *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 10, julio 2009.
- GARZÓN VALDÉS, E., (ed.) *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona-Caracas, 1985.

- *El problema ético de las minorías étnicas* in Carbonell, M., Cruz Parceró, J.A. y Vázquez R. (comps) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, 2000.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *A vueltas con la insumisión*, in *Jueces para la Democracia*, 27, 1996.
- GECK W. K., *Nombramiento y “status” de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania*, trad.de Puente Egido, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año nº 8, Nº 22, enero-abril 1988.
- GIUBONI, S., *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario*, in Costanzo, P. e Mordegli, S. (a cura di) *Diritti sociali e servizio sociale: dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2005.
- GIUPPONI, T. F., *La sicurezza e le sue “dimensioni” costituzionali*, in Vida, S., (a cura di) *Diritti umani: trasformazioni e reazione*, Bononia University Press, Bologna 2008.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE)*, nº 15, 2008.
- GÓMEZ MONTIEL, Z., *Racionalidad moral y justicia social de las instituciones políticas*, in *Frónesis*, abr. 2007, vol. 14, nº 1.
- GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw Hill, Madrid 1997.
- GREPPI, A., *Los viejos y los nuevos derechos fundamentales*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 4, Nº 7, 1999.
- GROSSI, P. F., *Introduzione a un studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, CEDAM, Padova 1972.
- GUASTINI, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- *Enunciati interpretativi*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, nº 2, 1997.
- *Estudios sobre las interpretaciones jurídicas*, UNAM, México DF, 1999.
- *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento*, in Mazzaresse, T., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002.
- *La interpretación, objetos, conceptos y teorías*, in Vázquez R. (comp) *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México D.F. 2003.
- *La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 1, Nº 1, 1993.
- *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*, in *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*, Año nº 2, Nº 08, Lima.
- *Sobre el concepto de Constitución*, in AA.VV., *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (coord.), Trotta S.A., Madrid 2007.

- GUERRA GONZÁLEZ, M., *Multiculturalismo y derechos humanos: limitar, tolerar o fomentar lo diferente*, in *Andamios*, México 2007.
- GUIMARAES POLIS, R., *Las perspectivas del comercio justo ante una globalización asimétrica y con creciente desigualdades sociales*, in *Revista académica de la Universidad Bolivariana*, N° 13, 2006.
- GUTIÉRREZ DE COLMENARES, C., *Sistemas de elección y remoción de los magistrados de las salas y tribunales constitucionales en Centroamérica, evaluación crítica*, in *Estudios constitucionales, revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año n° 4, N° 2, 2006.
- HABA, E. P. *Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho: el Bluff Dworkin*, in *Doxa*, n° 24, 2001.
- HÄBERLE, P., *El Estado constitucional europeo*, in Carbonell, M., Salazar, P. (eds.) *La constitucionalización de Europa*, UNAM, México 2004.
- *Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año n° 1, N° 1, 1993.
- HABERMAS, J., *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*, Paidós, Barcelona 2002
- *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona 1985.
- *Derechos humanos y soberanía popular: la concepción liberal y republicana*, trad. di Jesús González Amuchastegui, in *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n° 3, Madrid, 1994.
- *Ensayos políticos*, Ediciones Península, Barcelona 2002.
- *Facticidad y Validez (sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso)* cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid 1998.
- *La Unión Europea* in Carbonell, M., Salazar, P. (eds.), *La constitucionalización de Europa*, UNAM, México 2004.
- *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de M. Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid 1994.
- HARE, R. M., *Ordenando la ética*, trad. de J. Verges Gifra, Ariel, Barcelona 1999.
- HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho* (trad. de Genaro R. Carrió), Abeledo- Perrot, Buenos Aires 1992.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid 2005.
- HERRANZ CASTILLO, R., *La justificación de la democracia y la obligación moral de obedecer al Derecho*, in *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año n°1, N° 2, 1993-1994.

- HIERRO, L. L., *Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy*, in García Manrique (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2009.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *Globalización y soberanía de los Estados*, in *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 10, 2005.
- HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona 1992.
- IDOYAGA, P., e IBARRA GÜELL, P., *Racionalidad democrática, transmisión ideológica y medios de comunicación*, in *Zer, Revista de estudios de comunicación*, N° 4, 1998.
- ITURRALDE SESMA, V., *Justificación judicial y valoraciones*, in *Isegoría*, n° 35, 2006.
- JIMENA QUESADA, L., *La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas*, in *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 27-3, 2009.
- JOHNSON, D., *The impact of the Nordic Countries on EU social policy*, in AA.VV., *The European Union and the Nordic Countries*, ed. Lee Miles, 1996.
- KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, in *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid 1988.
- *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México 1983.
- KENNEDY, D., *Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica*, Siglo del Hombre editores, Bogotá 1999.
- KRSTICEVIC, V., *La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano*, in *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: del invento a la herramienta*, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006.
- LANDA ARROYO, C., *Dignidad de la persona humana*, in *Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional*, N° 7, 2002.
- *Justicia constitucional y political questions*, in *Anuario iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 4, 2000.
- LAPORTA, F., *Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista*, in Vázquez R., (comp.) *Derecho y moral, ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona 1998.
- LA TORRE, M., *Discutiendo de democracia: representación política y derechos fundamentales*, in *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 2, N° 3, 1994.
- *Senza pietà. Il diritto della tortura*, in Vida, S., (a cura di), *Diritti umani. Trasformazioni e reazioni*, Bononia University Press, Bologna 2008.
- LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona 1994.

- LEICHSENTRIG, K., *La dimensione europea dell'organizzazione dei servizi sociali*, in Costanzo, P., Mordegli, S., (a cura di), *Diritti sociali e servizio sociale: dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Giuffrè, Milano 2005.
- LIFANTE VIDAL, I., *La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del derecho a partir de casos*, in *Jueces para la Democracia*, nº 36, 1999.
- LINDE PANIAGUA, E., *La universalización de los derechos fundamentales: ¿el sistema europeo como modelo?*, in *Revista de derecho de la Unión Europea*, Nº 2, 2002.
- LOEWE, D., *Teorías de justicia igualitaria y derechos culturales diferenciados*, in *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, nº 36, 2007.
- LÓPEZ ZAMORA, P., *Análisis comparativo entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia*, in *Nueva Época, Anuario de Derechos humanos*, Madrid 2002.
- LUCAS, J. DE, *La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)*, in *Jueces para la Democracia*, 32, 1998.
- LUHMAN, N., *I diritti fondamentali come istituzione*, Ed. Dedalo, Bari 2000.
- LUIS VIGO, R., *Del juridicismo y la aplicación mecánica de la norma legal, a la moralización del Derecho y la creación interpretativa*, in *Doxa*, nº 29, 2006.
- LUIZ STRECK, L., *La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales*, in *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, nº 16, 2005
- LUTHER, J., *Razonabilidad y dignidad humana*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 7, 2007.
- MALEM, J., *La imposición de la moral por el Derecho. La disputa Devlin-Hart*, in Vázquez R., (comp.), *Derecho y moral, ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona 1998.
- MARCONI, J., *Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas*, in *Andamios*, vol. 5 nº 10, México 2009.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (coordinador), *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Iustel, 2008.
- MARTÍNEZ DE VELASCO, L., *¿Es posible un auténtico Estado de derecho democrático? Jürgen Habermas y las aporías de la sociedad liberal*, in *Eidos, Revista de filosofía*, nº9, 2008.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *Zagrebel'sky, El Derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, in *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, nº 224, 2009.
- MASCOTTO, C., *Democrazia diretta e federalismo*, in *Democrazia e diritto*, fasc. 2, vol. 37, 1997.
- MASSINI, C., *La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno*, in *Cuadernos Doxa*, nº. 21, vol. II, Madrid 1998.

- MAZZARESSSE, T., *La interpretación jurídica como traducción, esclarecimientos provenientes de una analogía común*, in *Isonomía*, nº 9, octubre de 1998.
- *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo, un inventario di problemi*, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002
- *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002
- MELERO DE LA TORRE, M. C., *La razón jurídica como modelo de razón pública*, Rawls, Dworkin y el Derecho, in *Enrahonar: Quaderns de filosofia*, Nº 43, 2009.
- MESTRE I MESTRE, R., *El fundamento de los derechos sociales (I). Derechos sociales y necesidades básicas*, in *Lecciones de derechos sociales*, coord. Añón M.J., García Añón, J., Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- MILL, J. S., *Sobre la libertad*, trad. de Pablo de Azcárate, Alianza Editorial, Madrid 2005.
- MIRETE NAVARRO, J. L., *Derecho de resistencia y constituciones*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 16, 1999.
- MONROY CABRA, M. G., *Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho*, in *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2004.
- MORAL SORIANO, L., *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid 2002.
- *La aplicación adecuada del Derecho*, in *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 4, Nº 7, 1999.
- MORDEGLIA, S., *Il Servizio sociale: stato e prospettive della professione*, in Costanzo P., Mordeglia S. (curr.) *Atti del Convegno Diritti sociali e servizio sociale – Dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Giuffrè, Milano 2005.
- MORENO CRUZ, R., *Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli*, in *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 3, 2006.
- MORESO, J. J., *Mundos constitucionalmente posibles*, in *Isonomía*, nº 8, 1998.
- MORRONE, A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001.
- MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. 2, CEDAM, Padova 1976.
- MÚGICA PETIT, J., *La justiciabilidad del derecho a la seguridad social en el ámbito nacional y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, in AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina, del invento a la herramienta*, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006.
- MUNNÉ, G. J., *Quién pudiera ser positivista. Los modelos de ciencia jurídica y el debate actual sobre el positivismo jurídico*, in *Universitas, Revista de filosofía, derecho y política*, nº 2, 2005.
- NAVARRO-VALLS, R., *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid 1997.



- NICODEMO, S., *I diritti degli utenti alla fruizione di prestazioni essenziali*, in Califano, L., (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004.
- NIETO GARCÍA, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona 2000.
- NINO, C. S., *Derecho, Moral y Política*, vols. 1 y 2, Gedisa, Barcelona 2007.
- *El constructivismo ético*, CEPC, Madrid 1989.
- *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona 1989.
- *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires 2003.
- *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona 1997.
- *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, in *Revista del centro de estudios constitucionales*, nº4, 1989.
- *Liberalismo "versus" comunitarismo*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1, 1988.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H., *La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado*, in *Revista iberoamericana de Derecho procesal constitucional*, nº 1, 2004.
- NORTE GÓMEZ, C., e SALINAS ARCEGA, S., *Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del TEDH*, in Embid Irujo, A. (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Iustel, 2009.
- NUÑEZ DE ALMEIDA, L., *El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efecto de sus decisiones*, in *Revista de Estudios Políticos*, nº 60-61, 1988.
- OLANO GARCÍA, H. A., *Contribuciones al derecho procesal constitucional: Sus principios*, in *Universitas*, nº 112, Colombia 2006.
- OLIVAS DÍAZ, A., *El papel de los jueces en la garantía de los derechos sociales*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables*, Bomarzo, Albacete 2010.
- PASTORE, B., *Universalismo contestuale* in *Diritti umani: trasformazioni e reazione*, a cura di Vida, S., Bononia University Press, Bologna 2008.
- PECES-BARBA, G., *Desacuerdos y acuerdos con una obra importante*, in *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Nº 11, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid 1999.
- *El protagonismo del Parlamento*, in *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Nº 11, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid 1999.
- *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, in *Cuadernos y Debates* nº 54, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995.
- *Legitimidad del poder y justicia del Derecho*, in Fernández, E., Peces-Barba, G., e Asís, R. de, *Curso de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid 2000.

- PECZENIK, A., *Dimensiones morales del Derecho*, trad. di J. A. Pérez Lledó, in *Doxa*, 8, Madrid 1990.
- PEGORARO, L., *La justicia constitucional, Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004.
- PEREIRA MENAUT, A. C., *Después de la soberanía*, in *Revista de derecho político*, Nº 50, 2001.
- PÉREZ HUALDE, A., *El sistema de derechos humanos y el servicio universal*, in Embid Irujo, A. (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Iustel, Madrid 2009.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid 1984.
- *La concepción general de los derechos fundamentales*, in AA.VV., *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, tomo 1: *La tercera generación de derechos fundamentales*, Gutiérrez-Alviz y Conradi, F.; (coord.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2009.
- PEZZINI, B., *La decisione sui diritti sociali*, Giuffrè, Milano 2001.
- PILIA, R., *I diritti sociali*, Jovene editore, Napoli 2005.
- PISARELLO PRADOS, G., *¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo?: elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 5, 2006.
- *Derechos fundamentales ¿Qué garantías?*, in *Jueces para la democracia*, nº 41, 2001.
- *La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete 2009.
- PISARELLO, G., DEL CABO, A., *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Universidad de Alicante 2000.
- PISARELLO, G., SURIANO, R., *Entrevista a Luigi Ferrajoli*, in *Isonomía*, nº 9, 1998.
- PISARELLO, G. (ed.), GARCÍA MORALES, A., OLIVAS DÍAZ, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete 2009.
- PORTELA, J. G., *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil*, in *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia, nº 105, 2006.
- POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli Editori, Torino 2001.
- *Un constitucionalismo ambiguo*, in AA.VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid 2003.
- PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (a propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 1996.

- *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 5, Nº 8, 2000.
  - *La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho*, in *Sistema. Revista de ciencias sociales*, 59, 1984.
  - *Los derechos fundamentales en la época del constitucionalismo*, in AA.VV., *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, Tomo 1: *La tercera generación de derechos fundamentales*, Gutiérrez-Alviz y Conradi, F., (coord.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2009.
  - *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid 2003.
  - *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.
  - *Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin: Comentario al libro de R. Dworkin "Los derechos en serio"*, in *Revista española de derecho constitucional*, nº 14, 1985.
- PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Bosch, Barcelona, 2006.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, R., *La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti: coincidencias y actualidad de una perspectiva contemporánea*, in *Revista chilena de derecho*, vol. 32, nº 1, 2005.
- RAWLS, J. *El liberalismo político*, trad. de Andoni Doménech, Crítica, Barcelona 1996.
- *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid 1986.
  - *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1997.
- RAZ, J., *Ethics and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford 1997.
- *¿Por qué interpretar?* in Vázquez, R., (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México D.F. 2003.
  - *Reasoning with Rules*, in *Current Legal Problems*, vol. 54, 2001.
- RENTERÍA DÍAZ, A., *Constitución y democracia ¿Límites y vínculos?* in *Confines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, nº 6, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Monterrey, México 2007.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?*, in *Revista de derecho político*, Nº 51, 2001.
- ROBLES MORCHÓN, G., *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Ed. Civitas, Madrid 1997.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *Ley y derecho, interpretación e integración de la ley*, Tecnos, Madrid 1976.

- RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A., *Juez español, derecho europeo y mayor protección de los derechos fundamentales*, in *Revista de Derecho Político*, N° 47, 2000.
- ROLLA, G., *Juicio de legitimidad constitucional y tutela de los derechos fundamentales*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 3, 2005.
- *La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano*, Universidad de Génova.
- ROMANO, B., *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2009.
- ROSENKRANTZ, C., *La teoría epistémica de la democracia revisitada*, in AA.VV., *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona 2004.
- RUBIO LLORENTE, F., *Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, Año n° 22, N° 64, 2002.
- RUIZ RUIZ, R., *La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española*, in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 10, 2006.
- SABATER BAYLE, E., *Intromisiones al derecho al honor en la reciente jurisprudencia civil, Comunicación presentada a las XIII JORNADAS DE LA APDC*, Salamanca, 17 - 20 de octubre de 2007.
- SAHUÍ MALDONADO, A., *Derechos fundamentales, intereses generalizables y necesidades humanas*, in *Andamios, Revista de investigación social*, n° 8, 2008.
- SAIZ ARNÁIZ, A., *El referéndum derogatorio en el ordenamiento italiano*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n° 12, N° 36, Septiembre-Diciembre 1992.
- SALAZAR, C., *I diritti sociali alla prova della giurisprudenza costituzionale*, in Costanzo, P. e Mordegia, S., (a cura di), *Diritti sociali e servizio sociale: dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Giuffrè, Milano 2005.
- SALGUERO SALGUERO, M., *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Madrid 2002.
- *La cultura de los derechos fundamentales como garantía de la democracia*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año n° 4, N° 7, 1999.
- SALMERÓN, F., *Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin*, in Roberto Vázquez (comp.) *Derecho y moral, ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona 1998.
- SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., *Veinte años de derechos fundamentales*, in *Anuario jurídico de La Rioja*, n° 4, 1998.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional*, in *Teoría y realidad constitucional*, N° 12-13, 2003.

- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O., *Los principios en el Derecho y la dogmática penal*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid 2004.
- SANTIAGO, A., *Sistema jurídico, teoría del Derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo*, in *Dikaion*, Año nº 22, Nº 17, 2008.
- SASTRE ARIZA, S., *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Mc Graw Hill, Madrid 1999.
- SCARRY, E., *Sobre la filosofía y los derechos humanos*, in AA.VV., *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Ronald C. Slye (coord.), Gedisa, Barcelona 2004.
- SEGURA ORTEGA. M., *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2006.
- SERRANO MARÍN, V., *¿Es el Estado un derecho fundamental? Reflexión sobre el fundamento epistemológico de los Derechos Fundamentales*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 5, enero-marzo, 1990.
- SERRANO VILLAFÑE, E., *Los derechos fundamentales en la doctrina comunista*, in *Revista de estudios políticos*, Nº 216, 1977.
- SINTOMER, Y., ROECKE, A., *Il bilancio partecipativo dei licei del Poitou-Charentes: verso una democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, nº 4, 2007.
- SOLIMANO, A., *Hacia nuevas políticas sociales en América Latina: crecimiento, clases medias y derechos sociales*, in *Revista de la CEPAL*, nº 7, 2005.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., *Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales*, in *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2001.
- SOMMA, A., *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo: cronaca di un conflitto insanabile*, in Costanzo, P., Mordeglia, S., (a cura di), *Diritti sociali e servizio sociale*, Giuffrè, Milano 2005.
- SUNSTEIN, C. R., *A cosa servono le costituzioni: dissenso politico e democrazia deliberativa*, Il Mulino, Bologna 2009.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R., *Interpretación constitucional, la falacia de la interpretación cualitativa*, in Vázquez, R., (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México 2006.
- TEGA, D., *La Carta dei diritti di Niza nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in Califano, L. (a cura di) *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2004.
- TRUCCO, L., *La nozione di “esclusione sociale”, fra ordinamento interno e ordinamenti nazionali*, in Costanzo, P., Mordeglia, S., (a cura di) *Diritti sociali e servizio sociale: Dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Giuffrè, Milano 2005.

- TURCHI, V., *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, prologo di Rafael Navarro Valls, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2009.
- ÚBEDA TARAJANO, F. E., *La labor del tribunal de justicia de la Unión Europea en orden a la protección de los derechos fundamentales*, in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, nº 2003, España, 2006.
- UPRIMNY YEPES, R., RODRÍGUEZ VILLABONA, A., *Interpretación Judicial, Módulo de autoformación*, Universidad de Bogotá, enero 2006.
- UTRERA GARCÍA, J.C., *Apuntes sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, in *Revista Bartolomé de las Casas*, Año nº 2, Nº 4, 1995.
- VALDÉS, D., *Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año nº 6, Nº 12, julio-diciembre de 2009.
- VALLESPÍN, F., *¿Reconciliación a Través del Derecho?*, in Gimbernat, J. A., *La Filosofía Moral y Política de J. Habermas*, Biblioteca Nueva, 1997.
- VÁZQUEZ, R., (comp.) *Derecho y moral, ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona 1998.
- *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, Mexico D.F. 2003.
- VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
- VIDA, S., (a cura di), *Diritti umani: trasformazioni e reazione*, Bononia University Press, Bologna 2008.
- VILLACORTA MANCEBO, L. Q., *Aspectos de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales*, in UNED, *Revista de Derecho Político*, Nº 71-72, enero-agosto 2008.
- VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- VIOLA, F., *Diritti umani e globalizzazione del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009.
- VIOLI, S., *Normatività e coscienza: Contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino 2009.
- WEBER, A., *La jurisdicción constitucional en Europa occidental: una comparación*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año nº 6, Nº 17, 1986.
- WILLIAMS, B. *En el comienzo era el acto*, in AA.VV., *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona 2004.
- ZANETTI, G.F., *Eguaglianza*, in Barbera, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari 1997.
- ZAGREBELSKY, G., *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid 2005.
- *Jueces constitucionales*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXIX, Nº117, 2006.

- *La ley, el derecho y la constitución*, in *Revista española de Derecho constitucional*, Año nº 24, Nº 72, 2004.
- *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*, in *Revista del Centro de estudios constitucionales*, Año nº 6, Nº 1, 2008.

## RINGRAZIAMENTI

Ringrazio il professor Augusto Barbera per tutto il tempo che mi ha regalato, per tutti i suoi consigli e le sue correzioni, che tanto mi hanno aiutato nella realizzazione di questo lavoro. Esprimo anche il mio più sincero ringraziamento al *Colegio de España* e al suo Rettore per avermi concesso l'opportunità di conoscere un'Università così altamente prestigiosa quale è quella di Bologna. A loro dedico questa tesi dottorale, così come la dedico ai miei genitori, ai miei amici, ai miei colleghi e a tutte le persone che mi hanno incoraggiato ad affrontarla come un progetto di approfondimento sulla libertà e sulla conoscenza.